

Zorgplicht vs. klachtplicht

Prof.mr. W.H. van Boom

HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *RvdW* 2013, 253 (*Van de Steeg, Van de Steeg Landbouwbedrijf BV/Coöperatieve Rabobank Noord-Holland Noord*); ECLI:NL:HR:2013:BX7195, *RvdW* 2013, 250 (*Kramer/F. van Lanschot Bankiers NV*)¹

De wettekst van artikel 6:89 BW en artikel 7:23 BW lijken aan de tekortschietende debiteur een op het oog eenvoudig toe te passen verweermiddel in handen te geven: als de crediteur te laat klaagt, is hij al zijn rechten ter zake van de tekortkoming kwijtgeraakt. En dat betekent echt *alle* rechten, inclusief het recht op nakoming, schadevergoeding, ontbinding, en zelfs rechten uit onrechtmatige daad of dwaling. Dat relatief ongeclausuleerde alles-of-niets karakter van de klachtplicht kan zeer ingrijpend zijn voor de crediteur en kan tegelijk voor de debiteur een onverdiend geschenk uit de hemel opleveren. Het beleid van de Hoge Raad in opeenvolgende arresten is er evident en begrijpelijkerwijs op gericht om de klachtplicht te ontmantelen en van zijn explosieve lading te ontdoen. De arresten van 8 februari 2013 staan ook in die sleutel. De arresten hebben gemeen dat ze de bancaire zorgplicht én de klachtplicht van artikel 6:89 BW betreffen.² Ik sta stil bij twee van de drie arresten; het derde arrest brengt geen verdere nieuwe inzichten.³ Ik geef eerst de feiten en belangrijkste overwegingen uit de arresten weer. Daarna komt een aantal aspecten aan de orde. Allereerst breng ik in herinnering de gedachte achter de klachtplicht (nr. 1). Daarna belicht ik enkele van de gezichtspunten die bij beoordeling van een beroep op artikel 6:89 BW relevant zijn, mede in verband met het eigen karakter van de bancaire zorgplicht (nr. 2). Vervolgens besteed ik nog kort aandacht aan de bewijslastproblematiek (nr. 3). Ik besluit met een enkele observatie over de gerechtvaardigde deconstructiewerkzaamheden (nr. 4).

Boer beklagt zich bij bank

Zaak BY4600 (*Van de Steeg, Van de Steeg Landbouwbedrijf BV/Coöperatieve Rabobank Noord-Holland Noord*) betreft een agrarisch ondernemer die tussen 1997 en 2002 via de Rabobank in aandelen belegt en in opties handelt.

De adviesrelatie eindigt in groot verlies voor de klant en hij verwijt de Rabobank de bancaire zorgplicht te hebben geschonden. De bank verweert zich onder meer met een beroep op artikel 6:89 BW. Rechtbank en Hof komen tot de conclusie dat de klant te laat geklaagd heeft en zij wijzen zijn vorderingen dus volledig af. De Hoge Raad vernietigt evenwel het arrest van het Hof. De Hoge Raad motiveert zijn uitspraak zeer uitgebreid. Allereerst schetst hij in algemene zin het kader voor de toepassing van artikel 6:89 BW:

‘4. Inleidende beschouwingen

4.1 Het gaat in deze zaak om de toepassing van art. 6:89 BW op beleggingsadviesrelaties ingeval de bank wordt verweten dat zij bij een dergelijke relatie jegens een particuliere belegger is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht. Te dien aanzien wordt het volgende vooropgesteld.

Onderzoeks- en klachtplicht

4.2.1 Art. 6:89 BW is van toepassing op alle verbintenissen, waaronder ook die uit beleggingsadviesrelaties (vgl. voor dit laatste HR 11 juni 2010, LJN BL8297, NJ 2010/331, [B]/Van Lanschot). Die bepaling houdt in dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. Blijkens de wetsgeschiedenis berust deze bepaling op de gedachte dat een schuldenaar 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, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar meedeelt. Hoeveel tijd de schuldeiser voor een en ander ten dienste staat, moet naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken worden beoordeeld (Parl. Gesch. Boek 6, p. 316-317).

4.2.2 Art. 7:23 BW bevat voor koop een regel die vergelijkbaar is met die van art. 6:89 BW en die dezelfde ratio kent. Art. 7:23 lid 1, eerste zin, BW houdt in dat de koper geen beroep meer erop kan doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Deze bepaling beschermt de verkoper tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten, door voor de koper een korte termijn

¹ Met dank aan Melissa de Jong voor assistentie.

² Ik refereer aan het begrip ‘klachtplicht’ zonder verder stil te staan bij de vraag of dit een ‘echte’

verbintenis is of iets anders. Ook neem ik voor lief dat de wet spreekt van ‘protesteren’ en ‘kennisgeven’ en niet van ‘klagen’.

³ ECLI:NL:HR:2013:BX7846, *RvdW* 2013, 249 (*F. Van Lanschot Bankiers N.V./Echtbaar Grove en MAIG Holdingmaatschappij BV*).

voor te schrijven om over het niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst te klagen (Parl. Gesch. Boek 7, p. 146, en HR 29 juni 2007, LjN AZ4850, NJ 2008/605 ([C/D])).

Bij een beroep op art. 6:89 BW in geval van een gesteld gebrek in een prestatie die in iets anders bestaat dan in de aflevering van een verkochte zaak zijn de hierna in 4.2.3 en 4.2.4 volgende regels, die gelden bij art. 7:23 BW, van overeenkomstige toepassing.

4.2.3 Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad kan de vraag of de koper binnen de bekwame tijd als bedoeld in art. 7:23 lid 1 heeft gereclameerd over gebreken aan de afgeleverde zaak, niet in algemene zin worden beantwoord. In de in de eerste zin van die bepaling geregelde gevallen dient de koper (a) ter beantwoording van de vraag of de hem afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt het in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem te verwachten onderzoek te verrichten en (b) binnen bekwame tijd nadat hij heeft ontdekt of bij een dergelijk onderzoek had behoren te ontdekken dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, hiervan kennis te geven aan de verkoper. De lengte van de termijn die beschikbaar is voor het onder (a) bedoelde onderzoek is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang zijn de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt, en de deskundigheid van de koper. Een onderzoek door een deskundige kan noodzakelijk zijn. Wat betreft de lengte van de onder (b) bedoelde termijn dient in het geval van een niet-consumentenkoop de vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn. Een vaste termijn kan daarbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt (HR 29 juni 2007, LjN AZ7617, NJ 2008/606, [E/F], rov. 3.3.2-3.3.4).

4.2.4 Voorts heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de onderzoeks- en klachtplicht van de koper niet los kunnen worden gezien van de aard van de gekochte zaak en de overige omstandigheden, omdat daarvan afhankelijk is wat de koper kan en moet doen om een eventueel gebrek op het spoor te komen en aan de verkoper mededeling te doen van een met voldoende mate van waarschijnlijkheid vastgestelde tekortkoming. Naarmate de koper op grond van de inhoud van de koopovereenkomst en de verdere omstandigheden van het geval sterker erop mag vertrouwen dat de zaak beantwoordt aan de overeenkomst, zal van hem minder snel een (voortvarend) onderzoek mogen worden verwacht, omdat de koper in het algemeen mag afgaan op de juistheid van de hem in dit verband door de verkoper gedane mededelingen, zeker als die mogen worden opgevat als geruststellende verklaringen omtrent de aan- of afwezigheid van bepaalde eigenschappen van het gekochte. De vereiste mate van voortvarendheid wat betreft de onderzoeks- en klachtplicht zal voorts afhangen van de ingewikkeldheid van het onderzoek. Bij dit alles is in belangrijke mate mede bepalend of de belangen van de verkoper zijn geschaad, en zo ja, in hoeverre. Als die belangen niet zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende reden zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. In dit verband kan de ernst van de tekortkoming meebrengen dat een nalatigheid van de koper hem niet kan worden tegengeworpen (HR 25 maart 2011, LjN BP8991, [G/H], rov. 3.3.2.).

4.2.5 Uitgaande van hetgeen hiervoor in 4.2.2, tweede alinea, is overwogen, brengt het bovenstaande mee dat (zoals al besloten ligt in HR 8 oktober 2010, LjN BM9615, NJ 2010/545, rov. 3.4) bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, acht dient te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie.

4.2.6 Zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, is bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van art. 6:89 BW ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in art. 6:89 BW vermeld – te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door

het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend.

De beleggingsadviesrelatie tussen bank en particuliere cliënt

4.3.1 Volgens vaste rechtspraak rust op de bank als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener een bijzondere zorgplicht bij beleggingsadviesrelaties met particuliere beleggers. Die zorgplicht behelst onder meer dat de bank vooraf naar behoren onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en dat zij hem dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepaste beleggingsvorm zijn verbonden, alsook voor het feit dat een door hem voorgenomen of toegepaste beleggingsstrategie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Deze plicht strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid. Zij geldt bij uitstek als de cliënt handelt in opties (vgl. onder meer HR 26 juni 1998, LjN ZC2686, NJ 1998/660, HR 11 juli 2003, LjN AF7419, NJ 2005/103, HR 5 juni 2009, LjN BH2815, BH2811 en BH2822, NJ 2012/182-184, HR 24 december 2010, LjN BO1799, NJ 2011/251, en HR 3 februari 2012, LjN BU4914, NJ 2012/95).

4.3.2 De bank heeft bij beleggingsadviesrelaties te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij de cliënt doorgaans een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreken. Dit brengt mee dat de cliënt niet zonder meer op de hoogte hoeft te zijn van het bestaan van de hiervoor in 4.3.1 bedoelde zorgplicht van de bank, terwijl hij, indien hij daarvan wel op de hoogte is, in beginsel ervan mag uitgaan dat de bank die zorgplicht jegens hem naleeft. Het niet naleven van de zorgplicht is derhalve niet een tekortkoming van de bank die de cliënt zonder meer behoort op te merken. Op de cliënt rust dan ook pas op grond van art. 6:89 BW een onderzoeks- en klachtplicht met betrekking tot de vraag of de bank de zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gereede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten.

4.3.3 De omstandigheid dat de beleggingen waarop de beleggingsadviesrelatie betrekking heeft, een tegenvallend rendement hebben of tot verliezen leiden, wijst niet zonder meer op een tekortschieten van de bank. Deze enkele omstandigheid hoeft voor de cliënt dan ook in beginsel niet een reden voor onderzoek te zijn. Overeenkomstig het hiervoor in 4.2.4 overwogene geldt dat des te meer indien de bank als oorzaak voor tegenvallende rendementen of verliezen omstandigheden noemt die niet in haar risicosfeer liggen, zoals de heersende marktomstandigheden, of indien de bank geruststellende mededelingen doet. De cliënt mag immers in beginsel afgaan op dergelijke mededelingen van de bank als de in de onderlinge verhouding deskundige partij.

4.3.4 Indien de cliënt, eventueel na (deskundig) onderzoek, bekend is geworden met het tekortschieten door de bank in haar zorgplicht, of daarmee redelijkerwijs bekend had moeten zijn, dient hij terzake op de voet van art. 6:89 BW binnen bekwame tijd te protesteren. Daarbij moet hem een redelijke termijn voor beraad worden gegund. Bij de beoordeling of het beroep van de bank op art. 6:89 BW gegrond is, komt voorts groot gewicht toe aan het antwoord op de vraag of de bank nadeel lijdt in de hiervoor in 4.2.6 bedoelde zin door het tijdsverloop tussen het moment van ontdekking van de tekortkoming en het moment waarop is geprotesteerd.

Vervolgens past de Hoge Raad het voorgaande toe op de concrete zaak. Het Hof had beslist dat de klant al in de herfst van 2002 bekend was met de beleggingsverliezen en dat toen de termijn van artikel 6:89 BW aanving. Het problematische daaraan is dat een particuliere belegger niet onmiddellijk in de gaten hoeft te hebben dat dit verliezen zijn waar de bank hem voor had moeten behoeden.

De Hoge Raad vindt om die reden het oordeel van het Hof te kort door de bocht:

‘Het kennelijke oordeel van het hof dat in ieder geval de bekendheid van [eisers] met de geleden verliezen in de herfst van 2002 aanleiding diende te zijn tot een onderzoek naar de eventuele gebrekkigheid van de prestatie van Rabobank en dat zodanig onderzoek eind 2002 gereed had moeten zijn, althans zodanig gevorderd dat [eisers] de bank daaromtrent hadden kunnen en moeten informeren, is zonder nadere toelichting onbegrijpelijk. In het licht van hetgeen hiervoor in 4.3.3 is overwogen, hoeft immers de enkele omstandigheid dat verliezen zijn geleden, voor de belegger nog geen reden te zijn om te veronderstellen dat de bank is tekortgeschoten in haar dienstverlening dan wel om naar zodanig tekortschieten onderzoek te doen.’ (r.ov. 5.2)

Ook om een andere reden kan het arrest van het Hof niet in stand blijven. Het Hof had namelijk geoordeeld dat sprake was van een fors tijdsverloop en dat een dergelijk verloop slechts onder bijzondere omstandigheden *niet* tot verval van het vorderingsrecht kan leiden. Met dat oordeel was het Hof te streng geweest voor de klant, aldus de Hoge Raad:

‘Zoals hiervoor in 4.2.6 is overwogen, vergt toepassing van art. 6:89 BW een waardering van belangen door de rechter, waarbij zowel het belang van de schuldeiser bij de handhaving van zijn rechten in aanmerking wordt genomen, als het belang van de schuldenaar dat zou worden geschaad doordat de schuldeiser niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd tegen de gebrekkige prestatie. In die beoordeling speelt het tijdsverloop tussen het moment waarop het gebrek in de prestatie is ontdekt of redelijkerwijs had moeten worden ontdekt en de klacht weliswaar een belangrijke, maar geen doorslaggevende rol. De enkele omstandigheid dat het lang heeft geduurd voordat de cliënt heeft geklaagd, zonder dat daarbij de overige omstandigheden van het geval worden betrokken, zoals de aan- of afwezigheid van nadeel bij de bank door het tijdsverloop, is ontoereikend voor een succesvol beroep op art. 6:89 BW. In dat licht is onjuist dat – zoals het hof heeft geoordeeld – een fors tijdsverloop slechts onder bijzondere omstandigheden niet leidt tot verval van het recht om een beroep te doen op een gebrek in de prestatie.’ (r.ov. 5.4)

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof en verwijst naar een ander Hof om de zaak nogmaals te beoordelen.

Ondernemer ziet vermogen verdampen

In zaak BX7195 (*Kramer / F. van Lanschot Bankiers NV*) vordert een klant schadevergoeding van Van Lanschot Bankiers wegens onzorgvuldige beleggingsadviesdienstverlening. Tussen oktober 1998 en november 2005 had de klant via de bank in effecten belegd, met als gevolg dat zijn beginkapitaal van ruim 2 miljoen euro geheel verdampt. De laatste beleggingshandeling dateert van november 2005. Op 27 september 2007 stelt de klant de bank aansprakelijk wegens schending van haar bancaire zorgplichten. De bank wordt onder andere verweten een te risicovol beleggingsbeleid te hebben gevoerd, niet te hebben gewaarschuwd voor de risico's en onnodig veel handelingen te hebben verricht om provisie te genereren (*churning*). De bank verweert zich onder meer met een beroep op het verzaken van de klachtplicht van artikel 6:89 BW. Rechtbank en Hof wijzen de vorderingen af, omdat de klant te laat geprotesteerd heeft in de zin van artikel 6:89 BW. De Hoge Raad herhaalt eerst in grote lijnen het alge-

mene kader zoals dat ook in de Rabobank-uitspraak werd uiteengezet. Dan past hij dit toe op het concrete geval:

‘3.4.6 Tegen de achtergrond van het vorenstaande komt onderdeel 4 van het middel terecht op tegen het oordeel van het hof dat, nu [eiser] volgens eigen zeggen in 2007 door publicaties over effectenleaseconstructies zich realiseerde dat op banken een zorgplicht rust en dat de Bank deze zorgplicht in zijn geval mogelijk heeft geschonden, hij al in 2002/2003 onderzoek had behoren te doen naar het door hem gestelde tekortschieten van de Bank in haar zorgplicht, omdat hij – eveneens volgens eigen zeggen – toen al op de hoogte was van berichten in de media over effectenleaseconstructies en hij zijn eigen situatie daarin herkende, en hij toen al forse verliezen had geleden. Uit het feit dat [eiser] in 2007 door publicaties zich realiseerde dat op banken een zorgplicht rust en dat hij toen heeft laten onderzoeken of deze in zijn geval door de Bank was geschonden, volgt immers niet dat hij het bestaan van die zorgplicht al in 2002/2003 uit vergelijkbare publicaties had moeten afleiden en dat daaruit voor hem in 2002/2003 al een onderzoeksplicht voortvloeide.

3.4.7 Onderdeel 3 klaagt voorts terecht dat het hof niet heeft kunnen oordelen dat [eiser] zich in elk geval reeds op 19 februari 2001, toen hij de helft van zijn kapitaal had verloren, had behoren te realiseren dat, gezien zijn gestelde bij de Bank kenbare beleggingsdoelstelling, de Bank hem een te risicovol en onjuist beleggingsbeleid had geadviseerd. Uit het enkele feit dat [eiser] dergelijke verliezen leed, behoeft hij immers (...) niet af te leiden dat de Bank jegens hem was tekortgeschoten in haar zorgplicht of dat er reden bestond voor onderzoek op dat punt. Onderdeel 4 klaagt in dit verband bovendien nog terecht dat [eiser] in beginsel mocht afgaan op de door hem gestelde verklaring van de Bank dat de verliezen te wijten waren aan het slechte beursklimaat en dat herstel zou volgen, zoals het hof zelf ook terecht tot uitgangspunt heeft genomen bij zijn oordeel (...).’

Ten slotte verduidelijkt de Hoge Raad nog de eigen eerdere rechtspraak over bewijslast. Wie moet bewijzen dat en wanneer is geklaagd? De Hoge Raad beslist dat die bewijslast op de klagende crediteur rust:

‘3.6 Onderdeel 7 komt op tegen de verwerping door het hof in rov. 4.11 van het standpunt van [eiser] dat de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot de vraag of [eiser] tijdig heeft geprotesteerd als bedoeld in art. 6:89 BW, op de Bank rusten. Het onderdeel beoogt in dit verband dat de Hoge Raad moet terugkomen van zijn (door het hof gevolgde) oordeel in HR 23 november 2007, LJN BB3733, NJ 2008/552 ([A/B]) dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de vraag of tijdig is geklaagd als bedoeld in art. 6:89 en 7:23 BW op de schuldeiser respectievelijk de koper rusten (hierna verder tezamen: de schuldeiser). Daartoe bestaat evenwel geen grond. Het ging in genoemd arrest, voor zover hier van belang, om de vraag op wie de bewijslast rustte ter zake van een door de schuldeiser gesteld telefoongesprek waarin hij over de prestatie zou hebben geklaagd.

De overweging van de Hoge Raad daarover moet aldus worden verstaan dat de in dat arrest bedoelde stelplicht en bewijslast pas aan de orde komen indien de schuldenaar respectievelijk de verkoper (hierna verder tezamen: de schuldenaar) het verweer voert dat niet tijdig is geklaagd als bedoeld in genoemde artikelen. Voert de schuldenaar dit verweer niet, dan kunnen art. 6:89 en 7:23 BW niet worden toegepast (vgl. HR 20 januari 2006, LJN AU4122, NJ 2006/80). Voert de schuldenaar dit verweer wel, dan dient de schuldeiser, zoals is beslist in het arrest [A/B], gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat en op welk moment is geklaagd. Of die klacht tijdig in de zin van de art. 6:89 en 7:23 BW is geweest, hangt verder af van de overige omstandigheden van het geval (vgl. het heden uitgesproken arrest van de Hoge Raad in de zaak met nr. 11/05318, LJN BY4600). Het onderdeel faalt derhalve.’

Het arrest van het Hof wordt vernietigd en de zaak wordt verwezen naar een ander Hof.

Noot

1 De gedachte achter de klachtplicht

De wettekst van artikel 6:89 BW heeft een explosieve lading en dat komt door de lichtvaardigheid waarmee de wetgever een in algemene bewoordingen neergelegde gedragsnorm ('gij zult binnen bekwame tijd klagen') heeft gecombineerd met een vergaande en ongeclausuleerde alles-of-niets sanctionering die tot verlies van verworven rechten kan leiden. De rechtvaardiging voor de bevoegdheid om alle vorderingen van de hand te wijzen wegens te laat klagen, is niet in de wettekst uitgedrukt. Dat betekent dus op het eerste gezicht dat de debiteur geen reden hoeft te geven voor het inroepen ervan. Zo wordt het een boobytrap voor de crediteur.⁴ Het kan zelfs een bedenkelijk verweer worden – grenzend aan een situatie van 'nemo auditor suam turpitudinem allegans' – wanneer een bank aanvoert dat cliënt pas in 2007 klaagt over de gebrekkige beleggingsadviezen terwijl cliënt toch eigenlijk in 2001 wel had kunnen weten dat het niet het beursklimaat was (waar de bank het destijds op gooide), maar het geklungel van de bank dat tot de verliezen had geleid.⁵

Het is daarom goed om nog even stil te staan bij de oorspronkelijke gedachte achter artikel 7:23 en artikel 6:89 BW. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:23 BW blijkt dat het typische geval dat men voor ogen had de handelskoop betrof, waarbij inspectie bij aflevering plaatsvindt en eventuele klachten worden opgetekend om latere 'moeilijk te betwisten klachten' te voorkomen.⁶ Het begrip 'moeilijk betwistbare klachten' zal met name zien op fysieke schade aan een roerende zaak waarvan niet eenvoudig is vast te stellen wanneer die zich heeft voorgedaan (vóór aflevering, na aflevering?). De verkoper is niet verantwoordelijk voor schade die na aflevering buiten zijn risicosfeer is ontstaan. Door de koper te verplichten direct aan de bel te trekken, kan men voorkomen dat de koper een latere beschadiging op de verkoper probeert af te wentelen. Ik vermoed dat dit het type gevallen is waar artikel 7:23 BW (en in het voetspoor daarvan het generieke artikel 6:89 BW) op ziet.⁷

De klachtplicht moet ook worden gezien in het licht van het leerstuk van de rechtsverwerking zoals dat tot uiting kwam in het *Pekingenden*-arrest uit 1968.⁸ In die tijd gold nog het oude BW, dat geen wettelijke klachtplicht kende zoals nu in het BW is neergelegd (en dat bovendien

langere verjaringstermijnen kende). In dat *Pekingenden*-arrest was sprake van een duurcontract voor de levering van pluimvee, waarbij de koper het recht had om kortingen toe te passen op de koopprijs als de geleverde eenden kwalitatief ondermaats waren. De koper paste die korting meermalen en met redengeving toe, zonder dat de verkoper daartegen protesteerde (althans: de verkoper kon niet bewijzen dat hij had geprotesteerd). Op enig moment vorderde de verkoper de nabetaaling van de ingehouden kortingen. Maar op dat moment was het geleverde pluimvee al 'verwerkt' en viel niet meer te achterhalen of de kortingen terecht waren of niet. Dat brengt de Hoge Raad tot de beslissing dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de verkoper, voor zover hij zijn bezwaren tegen die kortingen niet tijdig kenbaar had gemaakt, naderhand aanspraak maakt op de volledige bedragen (art. 6:248 lid 2 BW).⁹

De gedachte is dus dat tijdig klagen kan voorkomen dat bewijsdiscussies gecompliceerder worden door het verloop van tijd. Als de pekingeend er niet meer is, kunnen we niet meer vaststellen of de koper terecht de koopprijs heeft gekort. Dus als de verkoper vooreerst geen protest maakt tegen de kortingen en de koper de gekochte waar verwerkt, is niet meer vast te stellen of de verkoper daadwerkelijk tekortgeschoten was. Hij verwerkt aldus zijn recht om later de volledige prijs te vorderen. Daarvoor is in de *Pekingenden*-setting wel nodig dat de koper 'een verhaal heeft': niet het enkele tijdsverloop is voldoende voor het blokkeren van het vorderingsrecht van de verkoper, maar de combinatie van het toedoen van de verkoper (stilzitten) en de bewijsnood die dit voor de koper opleverde. In beginsel is het namelijk de koper die moet bewijzen dat tekortgeschoten is door de verkoper. Door diens stilzitten is het pluimvee al tot eindproduct gemaakt en is het voor de koper onmogelijk geworden om dat bewijs aan te brengen. De koper wordt tegemoetgekomen door het de verkoper onmogelijk te maken om zijn recht nog langer uit te oefenen. Zo is rechtsverwerking een remedie tegen 'bewijsnood' veroorzaakt door toedoen van de wederpartij. In het kader van artikel 6:248 lid 2 BW is een dergelijk 'verhaal' van de debiteur nodig: niet het enkele tijdsverloop is doorslaggevend, maar de benarde positie waarin hij mede daardoor is terecht gekomen. Het verband tussen deze benadering en de manier waarop de Hoge Raad artikel 6:89 BW nader vormgeeft, is duidelijk: de Hoge Raad stelt aan een beroep op artikel 6:89 BW ook die eis van 'een goed verhaal'.

4 Vgl. A.J. Verheij, *Waarschuwen voor termijnen. Pleidooi voor een informatieplicht met betrekking tot verjarings- en vervalttermijnen* (oratie Groningen), Den Haag: BJu 2012, p. 38-39, 45. Vgl. over meer van dat soort *boobytraps* uitgebreid de bijdragen aan W.H. van Boom et al. (red.), *Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht*, Den Haag: BJu 2012.

5 Vgl. rov 3.4.7 van zaak BX7195, waar de HR kortweg oordeelt dat als de bank destijds de eigen rol niet wilde benoemen en naar de algehele beursmalaise als oorzaak verwees, zij dan later niet spoedig zich er op kan beroepen dat de klant

had moeten beseffen dat de bank tekortgeschoten was en onderzoek had moeten doen.

6 TM art. 7:23, PG Boek 7, p. 146, p. 152. De totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:89 BW is zodanig kort en krachtig dat men zich kan afvragen of de wetgever wel goed heeft doorgrond wat de voetangels en klemmen zijn die dit artikel oproept.

7 Het vreemde is overigens dat de bewijslast van tekortkoming al op de koper ligt (behoudens de Europeesrechtelijke uitzondering van art. 7:18 lid 2 BW, die dateert van vóór na inwerkingtreding van het BW) zodat het de vraag is of het voor de

verkoper werkelijk zo moeilijk te betwisten is dat de schade aan zijn tekortkoming toe te schrijven is.

8 HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968/251.

9 De uitspraak van de Hoge Raad hanteert de uitdrukking 'niet te goeder trouw aanspraak kunnen maken op de gekorte bedragen'. Dat is oud-BW terminologie (art. 1374 en 1375 BW oud) voor: 'het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om aanspraak te maken op de gekorte bedragen' (art. 6:248 lid 2 BW).

2 Omstandighedencatalogus en bancaire zorgplicht

Bij de beantwoording van de vraag of de crediteur tijdig beklag heeft gedaan bij de debiteur, moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Dat was natuurlijk al uit eerdere rechtspraak bekend,¹⁰ aan de onderhavige uitspraken is interessant dat de ‘omstandighedencatalogus’ verder wordt aangevuld en toegepast op een onstoffelijke inspanningsverbintenis, de naleving van de bancaire zorgplicht. Daarbij valt op dat de Hoge Raad artikel 6:89 BW qua chronologie onderverdeelt in drie stadia: de crediteur krijgt tijd om te onderzoeken, tijd om te beraden, en tijd om te klagen.

In algemene zin zijn relevante omstandigheden die moeten worden gewogen: de aard en inhoud van de rechtsverhouding tussen partijen, de aard en inhoud van de prestatie en het gebrek, of de debiteur nadeel lijdt door het late tijdstip van klagen, de ingrijpende gevolgen van het geheel verval en de concrete belangen waarin de debiteur is geschaad door het late tijdstip (zoals de bewijspositie, schadebeperkingsmogelijkheden). Daarbij is de tijd die is verstreken tussen het moment waarop de crediteur bekend werd of had kunnen zijn met het gebrek enerzijds en het moment waarop hij klaagt anderzijds, relevant maar niet doorslaggevend. Met betrekking tot de bancaire zorgplicht legt de Hoge Raad bovendien de nadruk op het verschil in kennis en ervaring tussen partijen (bijvoorbeeld vanwege de hoedanigheid van particuliere belegger), het karakter van de zorgplicht en in hoeverre cliënten geacht kunnen worden te weten van het bestaan van de zorgplicht.

De complicatie bij schending van de zorgplicht is dat het een onstoffelijke prestatie betreft die geen resultaat belooft. De koop van een wasmachine is wat dat betreft eenvoudig: we weten wel ongeveer wat een wasmachine behoort te doen en het is dus relatief eenvoudig om vast te stellen of sprake is van een tekortkoming. Als het apparaat beschadigd is, niets doet of lekt, dan is ook voor de technische en juridische leek al spoedig duidelijk dat sprake is van een gebrekkige prestatie. De bancaire zorgplicht daarentegen is een diffuse en onzichtbare prestatie. Ze kan de plicht betreffen om te waken tegen het ongedekt aangaan van grote financiële risico's, om te vragen naar beleggingsdoelen en risicobereidheid, om niet onnodig veel mutaties in de effectenportefeuille te verrichten, en zo verder. Bovendien is de zorgplicht een juridisch construct dat met elke uitspraak van de Hoge Raad verder ontwikkeld en omljnd wordt (ook voor het verleden).

Kortom: de zorgplicht is geen wasmachine. Ze is in veel opzichten een hoedplicht, zoals iemand die een kelderluik open laat staan de plicht heeft er voor te zorgen dat er niemand onverhoeds in valt. Maar ook die vergelijking gaat niet goed op: als iemand met letsel onderin het keldergat ligt, weet hij dat hij schade heeft. Hij dient dan alleen nog

te beseffen dat er een juridische plicht rustte op de ander om hem van de val te behoeden, en dan kan hij aan zijn klachtplicht voldoen.¹¹ Om te kunnen klagen over schending van de bancaire zorgplicht is niet alleen nodig dat men weet dat er op de bank een dergelijke plicht rustte, maar ook dat men schade heeft geleden. Als de waarde van de effectenportefeuille langzaam verdampt, kan dat ook heel goed het inherente gevolg zijn van risicovol beleggen. Het kan dus wel even duren voordat de particuliere belegger doorheeft dat zijn verliezen terug te voeren zijn op wanprestatie in de bancaire zorgplicht.

De kenmerken van de bancaire zorgplicht brengen dus extra complicaties met zich op de volgende punten:

- *De aard van de verschuldigde prestatie* (onstoffelijk; ongeschreven; inspanningsverbintenis) – deze maakt dat het niet altijd direct duidelijk hoeft te zijn dat sprake is van het bestaan van een verbintenis en van een gebrek in de prestatie.
- *De aard van de schade* (puur economische schade), die ook/mede door andere externe oorzaken teweeggebracht kan zijn en in zoverre voor rekening van de cliënt is – deze maakt dat het voor de cliënt niet direct duidelijk hoeft te zijn dat hij schade heeft geleden, althans dat zijn vermogensschade (mede) het gevolg is van gebrekkige bancaire zorg.
- *De hoedanigheid van partijen* (consument tegenover professionele instelling; duurrelatie), die maakt dat voor zover sprake is van een natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf met de bank van doen heeft, de bank superieure informatie en kennis heeft over beleggingszaken waar de cliënt mogelijk op vertrouwt, terwijl de aard van de verhouding met de bank (duurrelatie, met mogelijke ‘tie-in’ door bijv. langlopende hypotheekverplichting) een drempel kan zijn om überhaupt te klagen.

Het is in dit licht een juiste beslissing van de Hoge Raad om te benadrukken dat de cliënt pas een onderzoeksplicht heeft uit hoofde van artikel 6:89 BW als hij het bestaan van de zorgplicht kent en gereede aanleiding heeft om een schending daarvan te vermoeden en dat een enkel slecht beleggingsresultaat daartoe onvoldoende is (zeker als de bank geruststellende mededelingen doet of op alternatieve oorzaken zoals het beursklimaat wijst). Daarbij geldt bovendien, zo zou ik menen, dat de klachtplicht geen vormvereiste kent en dus besloten kan liggen in andere wilsuitingen. Dat de cliënt ongenoegen uit over de gang van zaken, kan in geval van een duurrelatie als tussen bank en cliënt sneller als afdoende klacht worden gezien dan wanneer sprake is van een eenvoudige consumentenkoop zonder dat duuraspect. Voor klanten van een bank is het minder eenvoudig om hun relatie met de bank – veelal een duurrelatie met vertrouwensaspecten – op scherp

¹⁰ Zie bijv. HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, AA 2011-11, p. 810 e.v. (AA20110810) (*Ploum / Smeets II*).

¹¹ Ik laat maar even in het midden of art. 6:89 BW wel geldt bij ‘echte’ buitencontractuele aansprakelijkheden. Ik weet het niet zeker, maar ik neig naar bevestigende beantwoording. Gezien de

plaatsing van art. 6:89 BW is het artikel op niet-nakoming van alle verbintenissen van toepassing en dus ook op die tot betaling van wettelijk verschuldigde schadevergoeding, hoewel wel moet worden toegegeven dat het artikel spreekt van ‘gebrek in de prestatie’ en daarvan is niet letterlijk sprake bij het verzaken van een zorgplicht

die niet ook een verbintenis is (een gehoudenheid uit maatschappelijke betamelijkheid die niet ook contractueel ingebed is, wordt niet als verbintenis gezien zodat daarop niet art. 6:74, maar art. 6:162 toegepast pleegt te worden).

zetten door een expliciete klacht bij aangetekende brief in te dienen dan om te reclameren bij de wigtoedleverancier van hun wasmachine.

3 Bewijslast

De crediteur dient te stellen en zonodig te bewijzen wat de inhoud van de verbintenis is en dat deze niet correct is nagekomen. Het ligt dan op de weg van de debiteur om te stellen dat de klachtplicht is verzaakt. Voor toepassing van artikel 6:89 BW is namelijk alleen plaats als de debiteur zich in de procedure verweert met een beroep op dat artikel en daar de gevolgtrekking aan verbindt dat hij niet meer voor de tekortkoming aangesproken kan worden, aldus de Hoge Raad.¹² Verzekering van de klachtplicht leidt tot verval van aanspraak. Men zou dus kunnen denken dat het de debiteur – in onze casus de bank, en in gevallen van artikel 7:23 BW de verkoper – is die moet bewijzen op welk moment is geklaagd. Het is immers de bank die een beroep doet op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten, en volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv is het aan die partij om het betreffende bewijs aan te brengen. De Hoge Raad bepaalt echter dat wanneer de bank zich eenmaal heeft beroepen op verzekering van de klachtplicht door de cliënt, het dan de cliënt is die gemotiveerd moet stellen en zo nodig bewijzen dat en op welk moment is geklaagd.¹³ Bij verjaring is dit anders. Als de bank zich verweert met de stelling dat de cliënt zijn vordering heeft laten verjaren (art. 3:310 BW), moet de bank de feiten stellen en bewijzen die bijvoorbeeld schragen dat de cliënt op enig moment bekend was met schade en de daarvoor verantwoordelijke persoon.¹⁴

Ik laat in het midden of de bewijslastverdeling zich goed verdraagt met die welke geldt bij de verjaring. Ik constateer wel dat het praktisch gesproken misschien niet eens zo vreemd is dat het de cliënt is die het (moment van) klagen moet bewijzen. Van de bank valt namelijk weinig te verwachten op dit punt: die heeft helemaal geen belang bij het aanbrengen van bewijs dat in het voordeel van de cliënt spreekt. Als de bank de bewijslast draagt, zal die er juist belang bij hebben om een zo laat mogelijk tijdstip als uitgangspunt te nemen.¹⁵ Het zal toch de cliënt zijn die én het belang bij het bewijs heeft én de superieure informatie daarover in handen heeft (bijv. getuigenverklaring, geschrift, e-mail). Het is weinig zinvol om een competitie uit te lokken over de vraag wie het vroegste e-mailbericht kan tonen, dus is het in zekere zin efficiënter om de bal direct te leggen bij degene die direct de beste kaart op tafel zal leggen: de cliënt.

4 Deconstructie gerechtvaardigd

De uitspraken van 8 februari 2013 zijn onmiskenbaar gericht op deconstructie van de ongeclausuleerde bevoegdheid van de debiteur om gerechtvaardigde vorderingen af te wijzen. De arresten passen in de eerdere lijn van uitspraken waarin benadrukt wordt dat de debiteur ‘een verhaal moet hebben’. Verlies van aanspraken door het enkele tijdsverloop wordt al bestreken door het verjaringsrecht. Wil men een vorderingsrecht voordien al verliezen aan de klachtplicht, dan moet er veel meer aan de hand zijn. De omstandigheden-catalogus die de Hoge Raad hanteert, brengt de klachtplicht terug tot de rechtsverwerkingsproporties die eraan ten grondslag liggen. Ik meen dat dit een realistische en afgewogen strategie is, die vervolgd dient te worden. Een belangrijk argument daarvoor is dat het hier gaat om een vage gedragsnorm (‘gij zult binnen bekwame tijd klagen’). Wil men weten of die norm is nageleefd of niet, dan zal men de casus aan de rechter moeten voorleggen. Dat is veelal anders bij zogeheten ‘scherpe normen’ waarvan men zelf redelijk eenvoudig kan vaststellen of er aan voldaan is. Een termijn van drie werkdagen is een dergelijke norm. Vage normen hebben als voordeel dat ze op heel veel verschillende gevallen toegepast kunnen worden, flexibel en dus weinig kostbaar in het ontwerpen zijn. Maar ze zijn ook weinig informatief, zodat de ‘klachtplichtige’ in onzekerheid verkeert over wat nog wel tijdig klagen is en wat niet. Gezien die onzekerheid is er veel voor te zeggen om aan schending van de klachtplicht niet zonder meer een ‘valbijl’-sanctie van algeheel verval van elke aanspraak te verbinden. Weliswaar heeft een ‘valbijl’-sanctie als voordeel dat deze eenvoudig is toe te passen en dat geen discussie nodig is over de schade die is geleden door het late klagen (waar dat niet altijd eenvoudig is!),¹⁶ maar als de toepassingsvoorwaarde een vage termijnstelling is, liggen onnauwkeurigheden op de loer.¹⁷ Voor wettelijke bepalingen die vage gedragsnormen behelzen, is alles-of-niets sanctionering die verworven vorderingsrechten uit handen slaat, niet de meest evenwichtige sanctionering. Dat is dus anders bij min of meer duidelijke termijnstelling. Natuurlijk is ook daar discussie mogelijk, afhankelijk van de formulering (‘binnen drie dagen na aflevering’ is eenvoudiger toe te passen dan ‘binnen drie dagen nadat het gebrek redelijkerwijs ontdekt had kunnen worden’), maar men zal het toch met mij eens zijn dat er wel een groot verschil bestaat tussen ‘drie dagen’ en ‘binnen bekwame tijd’. In geval van een min of meer duidelijke termijnstelling ligt alles-of-niets sanctionering meer voor de hand. Als bijvoorbeeld een (professionele) contractspartij ervan op de hoogte is dat binnen drie dagen moet worden geklaagd, is er meer

12 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4122, r.ov. 3.5; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, r.ov. 3.6.

13 Op de cliënt rust dus niet de plicht om spontaan te stellen dat er tijdig is geklaagd. Ook mag de rechter niet ambtshalve overgaan tot toepassing van art. 6:89 BW. In zoverre zijn een aantal bezwaren weggenomen die in de literatuur zijn ingebracht tegen HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552, AA 2009-3, p. 188

m.nt. Krans (CA20090188) (*Ploum/Smeets I*).

14 Zie over bewijslastverdeling bij art. 3:310 BW bijv. J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, Deventer: Kluwer 2008, p. 225 e.v.; J. Spier, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 402; HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, r.ov. 3.4.2 (*Vellekoop/Wilton Feijenoord*); HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, r.ov. 6.2 (*BASF/Rensink*).

15 Men kan het vergelijken met het bewijzen van

een negatief feit: bewijzen dat iets niet is gebeurd, is minder eenvoudig dan bewijzen dat iets wél is gebeurd.

16 Vgl. over deze argumenten pro en contra bij vervaltermijnen in het verzekeringsrecht D. Heemskerck, ‘Proportionele benaderingen in het verzekeringsrecht’, in: W.H. van Boom et al. (red.), *Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht*, Den Haag: BJu 2012, p. 93 e.v.

17 Heemskerck, *t.a.p.*; Verheij, *a.w.* 2012, p. 38 e.v.

aanleiding om deze termijn te sanctioneren met algeheel verval van elke aanspraak. Dat betekent mijns inziens dat als (professionele) partijen een contractuele regeling treffen die concreter is dan de regeling van de klachtplicht in artikel 6:89 BW, de alles-of-niets sanctionering dan wél eerder toelaatbaar moet worden geacht.¹⁸ Het is dus wel zaak dat de Hoge Raad zijn deconstructiewerkzaamheden tot artikel 6:89 BW beperkt en niet ook zonder meer toepast op contractuele klachtplichten.

Mijn conclusie luidt: het is goed dat de Hoge Raad artikel 6:89 BW heeft gedeconstrueerd. De Hoge Raad doet er mijns inziens verstandig aan om de gekozen lijn door te trekken naar de *Pekingenden*-casus en voortaan een be-

roep op de verzaking van de wettelijke klachtplicht alleen te honoreren indien *en voor zover* de debiteur kan *aantonen* nadeel te hebben geleden door het lange wachten. Voor die gevallen waarin dit nadeel gekwantificeerd kan worden, is bovendien een proportionele reductie van aanspraken of vergoeding van dit nadeel mogelijk een meer passende oplossing.¹⁹ Het nadeelsvereiste zou een ingangsvoorwaarde moeten zijn; bij de weging van de andere omstandigheden dient bijzondere betekenis toe te komen aan de mate van verwijtbaarheid of toerekenbaarheid van het stilzitten. Op contractuele klachtplichten is dit alles niet van toepassing, zeker niet wanneer de klachtplicht een scherpe norm oplevert. ■

¹⁸ Haaks op de partijautonomie staat daarom HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, AA 2007-12, p. 358 m.nt. Hartlief (AA20070358) (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

¹⁹ Vgl. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, AA 2007-12, p. 358 m.nt. Hartlief (AA20070358) (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*). Daar ging het overigens niet om een

wettelijke termijnstelling maar een contractuele. Dat onderscheid moet men wel in acht nemen (en dat heeft de HR ten onrechte niet gedaan), zoals ik hiervoor al aangaf.