

zal de 'alles-of-niets-benadering' van de *dominant cause*-leer niet altijd recht doen aan de situatie. In gevallen waar de schade aan meerdere oorzaken is toe te rekenen, kan het ook redelijk zijn dat, indien één van de oorzaken buiten de dekking valt, tot een gedeeltelijke uitkering wordt gekomen. De A-G's breken een lans voor de leer van toerekening naar redelijkheid. Deze zou meer flexibiliteit bieden. Bovendien zou de leer van toerekening naar redelijkheid ook de mogelijkheid bieden om onderscheid te maken naar de aard van de verzekering.

8. Dat een gedeeltelijke uitkering ook tot de mogelijkheden behoort, bewijst het hof Arnhem-Leeuwarden (hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5884) in een vergelijkbare verzekeringszaak. Die zaak draait om een auto die is gestolen en vervolgens uitgebrand is teruggevonden. Brandschade was gedekt door een verzekering, maar diefstal niet. De verzekeraar deed een beroep op de *dominant cause*-leer door de diefstal als rechtens relevante oorzaak aan te merken voor het ontstaan van de schade. Hof Arnhem-Leeuwarden volgde dit beroep van de verzekeraar niet, want dan had de verzekeraar de toepassing van de *dominant cause*-leer maar in de polisvoorwaarden moeten vastleggen. Het hof Arnhem-Leeuwarden besloot de pijn te verdelen door voor een proportionele uitkomst te kiezen: de schade is voor 30% te herleiden naar brand waarvoor de verzekeraar dekking biedt. In cassatie heeft de Hoge Raad dit oordeel recent in stand gelaten en overwoog daartoe in dezelfde bewoordingen als in deze zaak dat indien er geen causaliteitsmaatstaf is afgesproken, het in beginsel niet aankomt op de *dominant cause*-leer (HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:815)

Uit deze zaak en andere relevante jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat indien een verzekeraar of een verzekerde de toepassing wenst van een bepaalde causaliteitsleer, het op diens weg ligt om dit in duidelijke bewoordingen in de polisvoorwaarden op te nemen. Indien dat wordt nagelaten, zal maatwerk nodig zijn en kan op voorhand niet met zekerheid worden vastgesteld welke causaliteitstheorie zal worden toegepast.

Dat de *supercell* overigens de nodige verzekeringsrechtelijke vragen heeft doen ontstaan blijkt uit het feit dat deze geleid heeft tot ten minste acht andere procedures tegen verzekeraars, zo volgt uit onderzoek van A-G Hartlief.

mr. J.A. Camphuis  
advocaat bij Dentons te Amsterdam

177

#### Toepassingsbereik van de klachtplicht ex art. 6:89 BW

Hoge Raad  
15 oktober 2021, nr. 20/03238, ECLI:NL:HR:2021:1536  
(mr. Kroeze, mr. Lock, mr. Salomons)  
(Concl. A-G Valk)  
Noot mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen en mr. H.A. de Bruijn

**Verbintenissenrecht. Overeenkomst van opdracht. Toepassingsbereik klachtplicht (art. 6:89 BW) indien wordt nagelaten de overeengekomen prestatie te verrichten. HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531 (Brocacef/Simons).**

[BW art. 6:89]

*Essentie: De klachtplicht van art. 6:89 BW ziet op ondeugdelijke prestaties en niet op gevallen waarbij in het geheel geen prestatie is verricht. Indien sprake is van een ondeugdelijke prestatie, dient de schuldeiser binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken bij de schuldenaar te protesteren.*

*Samenvatting: Eiser en zijn toenmalige echtgenote zijn in 2005 slachtoffer geworden van een ontploffings- en brandcalamiteit. De eerste advocaat van eiser heeft in 2006 en 2007 twee brieven naar een installatiebedrijf gestuurd met de mededeling dat voorshands de conclusie kan worden getrokken dat het installatiebedrijf ernstig is tekortgeschoten en onrechtmatig heeft gehandeld, maar dat nog geen definitieve conclusies zijn getrokken en dat nadere informatie wordt verzameld. In 2011 heeft eiser een nieuwe advocaat ingeschakeld. Deze nieuwe advocaat heeft in 2012 namens eiser de eerste advocaat aansprakelijk gesteld voor een beroepsfout, aangezien de eerste advocaat de verjaringstermijn van de vorderingen van eiser op het installatiebedrijf zou hebben laten verstrijken. Eiser vordert een verklaring voor recht dat (het kantoor van) de eerste advocaat toerekenbaar is tekortgeschoten en aansprakelijk is voor de schade van eiser. De rechtbank wijst deze vordering toe. Het hof wijst de vordering vervolgens af, omdat eiser niet tijdig zou hebben geklaagd in de zin van art. 6:89 BW. In cassatie klaagt eiser dat de klachtplicht van art. 6:89 BW in dit geval niet van toepassing is, omdat geheel geen prestatie is verricht. De klacht slaagt.*

[eiser], wonende te [woonplaats],  
eiser tot cassatie,  
hierna: [eiser],  
advocaten: J.H.M. van Swaaij en J.M. Moorman,  
tegen  
[verweerster] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats],  
verweerster in cassatie,  
hierna: [verweerster],  
advocaat: A. Stortelder.

## Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Valk)

### 1. Inleiding en samenvatting

1.1. Deze zaak betreft een geval van ernstige letselschade. Benadeelde (eiser in cassatie) verwijt een advocatenkantoor (verweerster in cassatie) dat zij zijn belangen niet behoorlijk heeft behartigd, onder meer door zijn vorderingen op derden te laten verjaren (door geen stuitingshandeling te verrichten). Het hof, veronderstellend dat tussen partijen een overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen, heeft met toepassing van de klachtplicht van art. 6:89 BW de vorderingen van eiser in cassatie afgewezen.

1.2. Mijns inziens treft het eerste onderdeel doel: de klachtplicht van art. 6:89 BW ziet op *ondeugdelijke* prestaties, en niet op het geval dat in het geheel geen prestatie is verricht.

### 2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:<sup>1</sup>

(i) [verweerster] is een advocatenkantoor. [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) is bij [verweerster] werkzaam als advocaat.

(ii) [eiser] is op 1 maart 2005 tezamen met zijn toenmalige echtgenote [voormalige echtgenote van eiser] (hierna: [voormalige echtgenote van eiser]) slachtoffer geworden van een ontploffings- en brandcalamiteit, waarbij beiden ernstige brandwonden hebben opgelopen.

(iii) In 2005 en 2006 is [eiser] meerdere keren op het kantoor van [verweerster] geweest.

(iv) [betrokkene 1] heeft op 23 november 2006 een brief aan [installatiebedrijf] (hierna: [installatiebedrijf]) gezonden. In die brief staat onder meer vermeld:

‘(...) In opgemelde zaak treed ik op voor [voormalige echtgenote van eiser] en [eiser], terzake het navolgende: Op 2 maart 2005 zijn zij slachtoffer geworden van een ontploffings- en brandcalamiteit in en om de woonwagen (...) te [plaats] (...). (...) Cliënten hebben als gevolg van de ontploffing en brand ernstige brandwonden opgelopen en zijn dus levenslang verminkt. (...) Cliënte, [voormalige echtgenote van eiser] heeft ongeveer één week vóór de ontploffing en brand, reeds een gaslucht geroken. Zij nam contact op met de gemeente Valkenburg. Deze gemeente heeft blijkbaar aan Uw firma opdracht gegeven om ter plaatse te komen, onderzoek te doen en, indien noodzakelijk, onderhouds- c.q. reparatiewerkzaamheden te verrichten. Uit de verklaring van mijn cliënten leid ik af dat U ter plaatse bent geweest, doch geen verder onderzoek heeft gedaan, onder het mom van tijdsgebrek. U bent onverrichterzake weer vertrokken. Cliënten hebben wederom contact opgenomen met de gemeente om aandacht te blijven vragen voor deze kwestie. De gaslucht bleef aanwezig. Uiteindelijk is het tot een ontploffing gekomen, met genoemde ernstige gevolgen voor cliënten van dien. Gezien het bovenstaande kan voorshands de conclusie worden getrokken, dat U in het kader van de door de gemeente gegeven opdracht ernstig bent tekort geschoten in Uw verplichtingen en jegens mijn cliënten onrechtmatig heeft gehandeld. Alvorens ik definitieve conclusies trek en cliënten dienaangaande kan adviseren stel ik U in de gelegenheid om schriftelijk Uw reactie te geven (...).’

(v) [betrokkene 1] heeft op 24 november 2006 een toevoeging voor [eiser] in de zaak tegen [installatiebedrijf] aangevraagd

bij de Raad voor Rechtsbijstand. De toevoeging is op 12 december 2006 definitief afgegeven.

(vi) [betrokkene 1] heeft bij brief van 17 januari 2007 aan [installatiebedrijf] onder meer meegedeeld:

‘(...) Uw brief van 6 december 2006 heb ik met cliënten besproken. Ik begrijp, dat U destijds op het kampje de hele technische installatie heeft aangelegd. (...) Ik ga er voorshands vanuit, dat de gascalamiteit een technische oorzaak heeft gehad. Ik ben doende om van diverse zijden hierover zoveel mogelijk informatie te verkrijgen. (...)’

(vii) In 2007 is [eiser] in elk geval twee keer op het kantoor van [verweerster] geweest.

(viii) [eiser] heeft in maart 2011 een andere advocaat, [betrokkene 2], benaderd. [betrokkene 2] heeft bij brief van 15 maart 2011 het dossier van [eiser] bij [verweerster] opgevraagd.

(ix) Na correspondentie tussen [betrokkene 2] en [betrokkene 1] heeft [betrokkene 2] in opdracht van [eiser] bij faxbericht van 10 september 2012 [verweerster] aansprakelijk gesteld voor een beroepsfout, ‘inhoudende het laten verjaren van zijn schadeclaim contra de gemeente [plaats] en/of [installatiebedrijf].’

(x) Partijen zijn niet tot een oplossing gekomen. Bij e-mail van 14 juli 2014 heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van [verweerster] aan [betrokkene 2] te kennen gegeven namens [verweerster] de aansprakelijkheid van de hand te wijzen.

2.2. Bij inleidende dagvaarding van 15 mei 2017 heeft [eiser] onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat [verweerster] toerekenbaar tekort is geschoten en aansprakelijk is voor de door [eiser] geleden en nog te lijden schade, alsook veroordeling van [verweerster] tot schadevergoeding nader op te maken bij staat. Bij vonnis van 20 december 2017 heeft de rechtbank Limburg de vorderingen van [eiser] grotendeels toegewezen.

2.3. Door [verweerster] is hoger beroep ingesteld. Bij arrest van 14 juli 2020<sup>2</sup> heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van [eiser] alsnog afgewezen op de grond dat, kort gezegd, [eiser] niet binnen bekwame tijd nadat hij het gestelde gebrek in de prestatie heeft ontdekt dan wel redelijkerwijze had behoren te ontdekken bij [verweerster] heeft geprotesteerd in de zin van art. 6:89 BW (klachtplicht).

2.4. [eiser] heeft bij procesinleiding van 14 oktober 2020 – en daarmee tijdig – cassatieberoep ingesteld. [verweerster] heeft verweer gevoerd en haar stellingen schriftelijk doen toelichten. Ten slotte heeft [eiser] gerepliceerd.

### 3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel bestaat uit vijf onderdelen, waarvan het vijfde enkel een voortbouwklacht bevat. De strekking van de onderdelen 1 en 2 is dat het hof de klachtplicht van art. 6:89 BW heeft toegepast in een geval waarop die bepaling niet ziet. Voor het geval dat de klachtplicht wél van toepassing zou zijn, richten vervolgens de onderdelen 3 en 4 klachten tegen het oordeel van het hof dat [eiser] niet binnen bekwame tijd nadat hij het gestelde gebrek in de prestatie heeft ontdekt dan wel redelijkerwijze had behoren te ontdekken, bij [verweerster] heeft geprotesteerd.

3.2. Voordat ik de diverse onderdelen bespreek, citeer ik de rechtsoverwegingen 6.19 tot en met 6.31 van het arrest van het hof:

<sup>1</sup> Vergelijk het arrest van het hof onder 6.1-6.10.

<sup>2</sup> ECLI:NL:GHSHE:2020:2170.

6.19. Het hof ziet aanleiding allereerst grief III over de klachtplicht als bedoeld in artikel 6:89 BW te beoordelen. Het hof zal er daarbij veronderstellenderwijs van uitgaan dat tussen partijen sprake was van een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 lid 1 BW en dat [verweerster] deze overeenkomst niet heeft opgezegd en toerekenbaar tekort is geschoten in de uitvoering daarvan door de belangen van [eiser] jegens de gemeente en/of [installatiebedrijf] en/of derden niet te behartigen, dan wel dat [verweerster] deze overeenkomst mondeling heeft opgezegd, maar toerekenbaar tekort is geschoten door deze overeenkomst niet op voldoende omzichtige en voldoende duidelijke wijze op te zeggen.

6.20. Het hof stelt voorop dat artikel 6:89 BW bepaalt dat een schuldenaar op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Deze bepaling is ook van toepassing op verbintenissen tot het verrichten van diensten als de onderhavige.

6.21. De ratio van artikel 6:89 BW is dat de schuldenaar ([verweerster]) wordt beschermd doordat hij erop mag rekenen dat de schuldeiser ([eiser]) met bekwame spoed onderzoekt of de geleverde prestatie voldoet 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). Daarbij moet volgens rechtspraak van de Hoge Raad acht worden geslagen op alle relevante omstandigheden, waaronder het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen het gebrek is geprotesteerd (zoals een benadeling in de bewijspositie of een aantasting van de mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken), het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren (te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming), de waarneembaarheid van het gebrek, de aard van de rechtsverhouding en de deskundigheid van partijen. 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 een belangrijke, zij het niet doorslaggevende, factor (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, [...]/Rabobank).

6.22. Niet in geschil is dat [eiser] in maart 2011 heeft geprotesteerd over het gestelde gebrek. Partijen verschillen van mening wanneer [eiser] het gestelde gebrek (het tekortschieten) heeft ontdekt, althans redelijkerwijze had moeten ontdekken en of, dat moment in aanmerking genomen, door [eiser] in maart 2011 binnen bekwame tijd is geprotesteerd.

6.23. [verweerster] heeft in dat verband bij memorie van grieven het volgende aangevoerd. Eind 2006 zou [eiser] aan [verweerster] de opdracht hebben verstrekt ter behartiging van zijn belangen. Vanaf begin 2007 is er geen contact meer tussen [eiser] en [betrokkene 1] geweest. [eiser] heeft nooit (meer) een update ontvangen van de stand van zaken respectievelijk de voortgang van de jegens de gemeente dan wel [installatiebedrijf] ondernomen acties. [eiser] heeft nooit concepten voorgelegd gekregen van te versturen brieven en/of in te dienen processtukken. [eiser] heeft nooit afschriften ontvangen van verstuurd brieven en/of ingediende processtukken. En [eiser] is nooit verzocht zijn eigen bijdrage te voldoen in het kader van de afgegeven toevoeging. Volgens [verweerster] had op basis van die omstandigheden bij [eiser] op zijn minst genomen gereede twijfel moeten ontstaan of zijn belangen door [verweerster] wel (voldoende) werden behartigd, over-

eenkomstig de daartoe door hem verstrekte opdracht. Gelet op deze omstandigheden had dan ook van [eiser] redelijkerwijs verwacht mogen worden dat hij zich kort na de opdrachtverlening (in de loop van 2007), althans in ieder geval (geruime tijd) voor maart 2010 tot [verweerster] had gewend om navraag te doen en te protesteren, en niet pas in maart 2011. Volgens [verweerster] heeft [eiser] dan ook niet binnen bekwame tijd nadat hij de vermeende wanprestatie van [verweerster] heeft ontdekt, althans redelijkerwijze had behoren te ontdekken, geklaagd als bedoeld in artikel 6:89 BW.

6.24. [eiser] heeft bij memorie van antwoord betwist dat hij een onderzoeksplicht had en gereede twijfel had moeten hebben, voordat hij in maart 2011 bekend raakte met de wanprestatie van [verweerster]. [betrokkene 2] heeft in maart 2011 het dossier opgevraagd, waarna hij tot [de] conclusie kwam dat [eiser] daarin in het geheel niet voorkwam. [betrokkene 2] heeft daarop direct geklaagd namens [eiser], waarop hij geruime tijd niet van [verweerster] vernam. Door die trage reactie van [betrokkene 1] is het op 10 september 2012 tot een aansprakelijkstelling gekomen. [eiser] heeft aangevoerd meermaals aan de balie van [verweerster] te zijn geweest en te hebben gebeld naar [verweerster], waarop hij steeds aan het lijntje werd gehouden. Hij heeft ter onderbouwing hiervan verwezen naar een faxbericht van [betrokkene 1] van 6 maart 2012 waarin deze – aldus [eiser] – heeft erkend dat [eiser] meermaals op kantoor is geweest van en gebeld heeft naar [verweerster]. In 2011 heeft [eiser] besloten een andere belangenbehartiger in te schakelen, vanwege gebrek aan vertrouwen in [betrokkene 1]. Pas op dat moment is [eiser] bekend geraakt met de wanprestatie. Tot die tijd verkeerde hij in de veronderstelling dat zijn belangen door [verweerster] behartigd werden. [eiser] kon daarmee ook niet eerder redelijkerwijs bekend zijn, nu hij daarvoor aangewezen was op informatie van [verweerster].

6.25. [verweerster] heeft in haar pleitnota betwist dat [eiser] meerdere keren aan de balie van haar kantoor is geweest en naar haar gebeld heeft en daarbij steeds aan het lijntje is gehouden. Zij heeft daartoe aangevoerd dat [eiser] ter comparatie in eerste aanleg gesteld heeft in 2005/2006 meerdere keren op kantoor van [verweerster] te zijn geweest, terwijl [eiser] volgens [verweerster] begin 2007 één keer op kantoor is geweest en in de loop van 2007 nogmaals. Volgens [verweerster] zijn het deze kantoorbezoeken waarnaar [betrokkene 1] heeft verwezen in de fax van 6 maart 2012.

6.26. Het hof is van oordeel dat [eiser] hiertegenover zijn standpunt dat hij meerdere keren bij [verweerster] is geweest en naar [verweerster] heeft gebeld en daarbij steeds aan het lijntje is gehouden, onvoldoende heeft onderbouwd. [eiser] is, hoewel dit wel op zijn weg had gelegen, in zijn pleitnota niet nader op de betwisting van [verweerster] ingegaan. In het faxbericht van [betrokkene 1] van 6 maart 2012 staat, voor zover thans van belang, vermeld: “(...) Destijds heb ik uitdrukkelijk alleen opdracht gekregen van (...) [voormalige echtgenote van eiser] in deze kwestie. Weliswaar heb ik met Uw cliënt een aantal malen telefonisch contact gehad en hij is ook een<sup>3</sup> aan de balie geweest. Al die keren heb ik hem hierop uitdrukkelijk gewezen en ook geadviseerd om een eigen advocaat (...) te nemen. (...)”. Uit dit bericht kan naar het oordeel van het hof, zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, niet

3 Hier is een woord weggefallen, maar zo staat het inderdaad in het originele stuk: schriftelijk pleidooi van de zijde van [eiser], productie 1.

de conclusie worden getrokken dat [eiser] ook na (begin) 2007 nog bij [verweerster] is geweest dan wel gebeld heeft naar [verweerster]. Uit dit bericht valt immers niet op te maken hoe vaak, laat staan wanneer, [eiser] bij [verweerster] is geweest dan wel met haar gebeld heeft, terwijl ook onduidelijk blijft wat dan volgens [eiser] in het contact precies aan de orde is geweest. Daarmee heeft [eiser] de stellingen van [verweerster] dat er vanaf begin 2007 geen contact meer tussen [eiser] en [betrokkene 1] is geweest en dat [eiser] nooit (meer) een update heeft ontvangen van de stand van zaken respectievelijk de voortgang van de ondernomen acties, onvoldoende weersproken. [eiser] heeft niet, althans onvoldoende betwist dat aan hem nooit concepten zijn voorgelegd van te versturen brieven en/of in te dienen processtukken en dat hij nooit afschriften heeft ontvangen van verstuurd brieven en/of ingediende processtukken. Dit alles leidt het hof tot het oordeel dat [eiser] al veel eerder dan 2011 gerede twijfel moet hebben gehad om te veronderstellen dat er sprake zou kunnen zijn van een gebrek in de prestatie van [verweerster]. [eiser] had naar het oordeel van het hof reeds in de loop van 2008 – en in elk geval vóór maart 2010 zoals [verweerster] stelt – zodanige gerede twijfel moeten hebben gehad, die hem tot onderzoek had moeten aanzetten.

6.27. De aard en inhoud van het dossier van [eiser] – een letselzaak zonder erkenning van aansprakelijkheid – leiden het hof niet tot een ander oordeel. Op zichzelf is het hof met de rechtbank eens dat de aard en inhoud van het dossier maken dat [eiser] het trage verloop in zijn zaak tegen [installatiebedrijf] niet op voorhand vreemd moest voorkomen, maar het hof acht het niet gebruikelijk dat dergelijke letselschadezaken jarenlang stilliggen. Ook in dergelijke zaken zal met regelmaat een (proces)handeling moeten worden verricht, of een beslissing worden genomen, die vraagt om afstemming met de cliënt. De aard en inhoud van het dossier van [eiser] doen dan ook niet af aan de gerede twijfel die [eiser] op een gegeven moment had moeten hebben over het gestelde gebrek in de prestatie van [verweerster]. Evenmin leidt de omstandigheid dat aan [eiser] een toevoeging is verleend het hof tot een ander oordeel. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat [eiser] vanwege de toevoeging geen declaraties van [verweerster] hoefde te verwachten, maar dit neemt niet weg dat, gelet op het uitblijven van contact tussen [eiser] en [betrokkene 1] en het niet ontvangen van updates, concepten en/of afschriften door [eiser] van [betrokkene 1] bij [eiser] op een gegeven moment gerede twijfel moet zijn gerezen over het gestelde gebrek in de prestatie van [verweerster].

6.28. Voor de beantwoording van de vraag of door [eiser] met inachtneming van het vorenstaande in maart 2011 binnen bekwame tijd is geprotesteerd, is voorts van belang of, en zo ja, in welke mate, [verweerster] door het tijdsverloop in haar belangen is geschaad (Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600).

6.29. [verweerster] heeft gesteld dat zij door het tijdsverloop tussen het moment waarop [eiser] het vermeende gebrek heeft ontdekt, althans had moeten ontdekken en het moment van klagen in maart 2011 ernstig in haar belangen is geschaad. Zij heeft er daarbij op gewezen dat als [eiser] tijdig zou hebben geklaagd – in elk geval vóór maart 2010 – de rechten van [eiser] jegens de gemeente, en zo nodig jegens [installatiebedrijf], alsnog (door [verweerster]) veilig gesteld hadden kunnen worden, althans de verjaring van vorderingen op de aan te spreken partijen had kunnen worden gestuit. Daarmee had voorkomen kunnen worden dat [eiser] zijn vermeende schade niet (meer) op de gemeente dan wel [installatiebedrijf] kon

verhalen en zou [verweerster] niet met de onderhavige vordering van [eiser] zijn geconfronteerd. Door het late klagen zijn de mogelijkheden van [verweerster] om de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken teniet gedaan.

6.30. Het hof volgt [verweerster] in dit betoog. [eiser] heeft deze stelling ook niet, althans onvoldoende weersproken. Weliswaar heeft hij aangevoerd dat het aan [verweerster] was om hem te waarschuwen voordat op 1 maart 2010 – de datum waarop volgens [eiser] – de verjaring van de vorderingen op relevante aan te spreken partijen intrad, maar zoals hiervoor reeds overwogen, mag ook van [eiser] als rechtzoekende die bijstand krijg[t] van een advocaat een actieve houding worden verwacht in die zin dat een wederpartij als [verweerster] erop mag rekenen dat de rechtzoekende met bekwame spoed onderzoekt of de geleverde prestatie voldoet en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, hij dit met spoed aan de andere partij mededeelt. Niet gebleken is echter dat [eiser] voortvarend te werk is gegaan en niet duidelijk is geworden waarom [eiser] eerst in 2011 een meer actieve rol heeft aangenomen en [betrokkene 2] heeft ingeschakeld.

6.31. Het hof komt tot de conclusie dat [eiser] onder de genoemde omstandigheden niet binnen bekwame tijd nadat hij het gestelde gebrek in de prestatie heeft ontdekt dan wel redelijkerwijze had behoren te ontdekken bij [verweerster] heeft geprotesteerd. Uit het vorenstaande volgt reeds dat [eiser] naar het oordeel van het hof ook voor zover de door hem gestelde tekortkoming ziet op het laten verjaren van zijn vorderingen op relevante aan te spreken partijen niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd. Grief III slaagt. [eiser] kan dan ook geen beroep meer doen op het gestelde gebrek in de prestatie van [verweerster].

3.3. Voor het gemak van de lezer som ik de belangrijkste stappen van het hof nog eens kort op:

1. Veronderstellenderwijs neemt het hof aan dat (a) hetzij [verweerster] is tekort geschoten in de nakoming van een met [eiser] bestaande overeenkomst van opdracht door niet de belangen van [eiser] jegens de gemeente en/of [installatiebedrijf] en/of derden te behartigen, (b) hetzij [verweerster] deze overeenkomst mondeling heeft opgezegd, maar toerekenbaar is tekort geschoten door deze overeenkomst niet op voldoende omzichtige en voldoende duidelijke wijze op te zeggen. (rechtsoverweging 6.19)

2. [eiser] heeft voor het eerst in maart 2011 geprotesteerd tegen het gestelde gebrek in de prestatie. (rechtsoverweging 6.22)

3. [eiser] moet veel eerder dan in 2011 gerede twijfel hebben gehad dat sprake zou kunnen zijn van een gebrek in de prestatie. (rechtsoverweging 6.26)

4. Anders dan de rechtbank brengt de aard en inhoud van het dossier van [eiser] het hof niet tot een ander oordeel. Het is niet gebruikelijk dat letselschadezaken als deze zó lang stilliggen. (rechtsoverweging 6.27)

5. [verweerster] is geschaad door het tijdsverloop tussen het moment waarop [eiser] het vermeende gebrek heeft ontdekt, althans had moeten ontdekken en het moment van zijn klacht (maart 2011), want in het geval van een tijdige klacht had [verweerster] alsnog de belangen van [eiser] veilig kunnen stellen, althans de verjaring kunnen stuiten en in dat geval zou [verweerster] niet met de onderhavige vordering zijn geconfronteerd. (rechtsoverwegingen 6.29-6.30)

6. De conclusie is dat [eiser] niet binnen bekwame tijd nadat hij het gestelde gebrek in de prestatie heeft ontdekt dan wel redelijkerwijze had behoren te ontdekken bij [verweerster] heeft geprotesteerd. Dit geldt ook voor zover de door hem

gestelde tekortkoming ziet op het laten verjaren van zijn vorderingen. (rechtsoverweging 6.31)

3.4. De rechtsklacht van *onderdeel 1* beroept zich op het arrest *Brocacef/FGC*,<sup>4</sup> waarin door uw Raad is overwogen:

‘4.3. Onderdeel 2b (...) keert zich tegen de verwerping door het hof van het beroep van Brocacef op art. 6:89 BW. Volgens het onderdeel heeft het hof in zijn eerste tussenarrest ten onrechte overwogen, kort gezegd, dat deze bepaling slechts van toepassing is in gevallen waarin een (gebrekkige) prestatie is verricht en niet wanneer géén prestatie is verricht, ook al levert het achterwege blijven daarvan wanprestatie op. Het onderdeel faalt. Deze bepaling strekt ertoe de 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, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt (Parl. gesch. Boek 6, blz. 316-317). Gelet op deze strekking, alsmede op 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.’

3.5. Vertrekpunt van de klacht is dat de door het hof veronderstelde tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst van opdracht bestaat in het *niet* verrichten van de verschuldigde prestatie. Dat vertrekpunt lijkt mij onmiskenbaar juist. Het hof is ervan uitgegaan dat [verweerster] *niet* de belangen van [eiser] behartigd heeft, hoewel ze daartoe op grond van een overeenkomst van opdracht gehouden was, onder meer door [eiser] vorderingen *te laten* verjaren (dus door *na te laten* de verjaring te stuiten).

3.6. Het betoog in tegengestelde zin in de schriftelijke toelichting van de zijde van [verweerster]<sup>5</sup> heeft mij niet kunnen overtuigen. Dat betoog komt erop neer dat [verweerster] wel degelijk *begonnen is* met het behartigen van het belang van [eiser], onder meer door een toevoeging namens [eiser] aan te vragen en brieven aan [installatiebedrijf] namens [eiser] te zenden. Dit neemt echter niet weg dat het vervolgens nalaten te doen van hetgeen nader in het belang van [eiser] diende plaats te vinden, onder meer het stuiten van de verjaring, niet een *ondeugdelijke* prestatie is, maar het in het geheel niet verrichten van de verschuldigde prestatie. In dit verband dienen we erop te letten dat uit een overeenkomst van opdracht als de onderhavige de verschuldigdheid van meerdere prestaties kan voortvloeien. De verschuldigde prestatie om de verjaring te stuiten, is te onderscheiden van de prestatie om een toevoeging voor [eiser] aan te vragen en/of [installatiebedrijf] in andere zin dan met het oog op stuiting aan te schrijven. Het verricht zijn van de ene prestatie, brengt niet mee dat het nalaten van het verrichten van een andere, eveneens verschuldigde prestatie, als een geval van ondeugdelijke nakoming dient te gelden. Integendeel, dat nalaten is en blijft het in het geheel niet verrichten van de verschuldigde prestatie. Ik ontken niet dat er overganggevallen denkbaar zijn, waarin de rechter die over de feiten oordeelt een zekere speelruimte be-

hoort te worden gegund om wel of niet van een kwalificatie als ondeugdelijke prestatie uit te gaan. [verweerster] heeft met betrekking tot het stuiten van de verjaring echter in het geheel niets gedaan, zodat een dergelijk overganggeval zich hier niet voordoet.

3.7. Een en ander is hier ook vanuit een tijdsperspectief te illustreren, als volgt. In 2006 heeft [betrokkene 1] een brief aan [installatiebedrijf] gezonden en voor [eiser] een toevoeging aangevraagd (hiervoor 2.1 onder iv en v). Tussen partijen is niet in geschil dat vervolgens door [verweerster] niets meer ter behartiging van de belangen van [eiser] is gedaan. Met het hof ervan uitgaande dat tussen partijen (nog steeds) een overeenkomst van opdracht bestond, is deze passiviteit vanaf 2007 het in het geheel niet verrichten van een verschuldigde prestatie. Dat vóór 2006 [verweerster] wél ten behoeve van [eiser] actief is geweest, verandert daaraan niets. Intussen meen ik dat het tijdsperspectief niet beslissend is, maar de pluraliteit van verschuldigde prestaties, volgens wat in de vorige alinea is gezegd.

3.8. Het hof heeft dus inderdaad de klachtplicht van art. 6:89 BW toegepast in een geval waarop die bepaling niet ziet. De klacht treft doel. Daaraan kan niet afdoen dat [eiser] zich in feitelijke instanties niet erop heeft beroepen dat art. 6:89 BW niet van toepassing is.<sup>6</sup> Het hof was ambtshalve gehouden de juiste rechtsregel toe te passen (art. 25 Rv). Zou in het arrest van het hof het impliciete oordeel moeten worden gelezen dat sprake is van een ondeugdelijke prestatie en niet van het in het geheel niet verrichten van de verschuldigde prestatie, dan slaagt de motiveringsklacht van het onderdeel onder 1.2.

3.9. Gelet op het voorgaande behoeven de overige klachten van het cassatiemiddel geen bespreking meer. Ten overvloede veroorloof ik mij naar aanleiding van die klachten enkele korte opmerkingen, als volgt:

a. Ook met betrekking tot de alternatief door het hof veronderstelde tekortkoming, erin bestaande dat [verweerster] bij gelegenheid van een mondelinge opzegging van de overeenkomst tekort is geschoten in haar zorgplicht ten opzichte van [eiser], betoogt de steller van het middel (zie onderdeel 2) mijns inziens op goede gronden dat ook die tekortkoming niet als een gebrek in de prestatie in de zin van art. 6:89 BW behoort te worden geduid. Een andere opvatting leidt tot een evident onbillijk resultaat: het nalaten (voldoende) te waarschuwen van de cliënt werkt in de hand dat cliënt stilzit, welk stilzitten via de klachtplicht mede ertoe leidt dat de advocaat niet aansprakelijk is. Aldus zou zich ‘dubbel’ het gevaar realiseren waartegen de advocaat nu juist had moeten waarschuwen, namelijk een verlies van aanspraken bij de cliënt (‘dubbel’, want zelfs ook tegenover de advocaat voor de door deze gemaakte beroepsfout).

b. Zou de klachtplicht van art. 6:89 BW al wél van toepassing zijn, dan is niet begrijpelijk op grond waarvan het hof heeft aangenomen dat [eiser] kon weten dat niet gebruikelijk is dat letselzaken als die van hem jarenlang stilliggen (zoals het hof in rechtsoverweging 6.27 aanneemt). Het hof heeft niets vastgesteld omtrent enige kennis van [eiser] met betrekking tot de afwikkeling van letselschadezaken. (Vergelijk de onderdelen 3 en 4, waar een beroep wordt gedaan op de niet-deskundigheid van [eiser] als particuliere cliënt en het vertrouwen dat hij mocht hebben in de belangenbehartiging door [verweerster].)

4 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176. Wat betreft de literatuur, vergelijk: Asser/Sieburgh 6-I 2020/408a; R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b) 2020/30; B. Katan, De ondergrens van artikel 6:89 BW (HR 23 maart 2007, NJ 2007/176 ([...]/[...])), *Contracteren* 2007/2, p. 45 e.v.

5 Schriftelijke toelichting van mrs. Stortelder en De Gans onder 4.8 e.v.

6 Vergelijk schriftelijke toelichting van mrs. Stortelder en De Gans onder 4.10.

c. De strekking van art. 6:89 BW is om de schuldenaar te beschermen tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten,<sup>7</sup> en dus bij uitstek tegen benadeling in de mogelijkheid om tegenover een vordering van de schuldeiser bewijs of tegenbewijs te leveren. Dat sluit op zichzelf niet uit dat in de belangenafweging die ziet op de lengte van de klachttermijn ook andere nadelen voor de schuldenaar worden betrokken, bijvoorbeeld een verlies van de mogelijkheid om regres op een derde te nemen. Het ligt echter weinig voor de hand dat ook het nadeel voor [verweerster] dat zij voor haar tekortkoming kan worden aangesproken, in de belangenafweging zou mogen worden betrokken, zoals het hof in rechtsoverwegingen 6.29-6.30 heeft gedaan. Dat nadeel is eenvoudig het gevolg van het (in cassatie te veronderstellen) tekortschieten van [verweerster] als advocaat van [eiser]. (Vergelijk het vierde onderdeel onder 4.2.)

3.10. In de zojuist gemaakte opmerkingen ligt mede besloten dat niet opgaat het betoog van de zijde van [verweerster]<sup>8</sup> dat [eiser] bij zijn klachten geen belang heeft, omdat na cassatie en verwijzing de uitkomst geen andere kan zijn dan dat [eiser] zijn recht heeft verwerkt. Mijns inziens staat een zodanige uitkomst allerminst op voorhand vast.

#### 4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

### Hoge Raad

#### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak C/03/236129 / HA ZA 17-291 van de rechtbank Limburg van 20 december 2017;
- b. de arresten in de zaak 200.238.324/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 19 juni 2018 en 14 juli 2020. [eiser] heeft tegen het arrest van het hof 14 juli 2020 beroep in cassatie ingesteld.

[verweerster] heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor [verweerster] toegelicht door haar advocaat en mede door M.E.B. de Gans.

De conclusie van de Advocaat-Generaal W.L. Valk strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van [verweerster] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

#### 2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) [verweerster] is een advocatenkantoor. [betrokkene 1] is bij [verweerster] werkzaam als advocaat.
- (ii) [eiser] en zijn toenmalige echtgenote [voormalige echtgenote van eiser] hebben in maart 2005 als gevolg van een ontploffing en brand (hierna: het ongeval) ernstige brandwonden opgelopen.
- (iii) [betrokkene 1] heeft op 23 november 2006 een brief aan [installatiebedrijf] (hierna: [installatiebedrijf]) gezonden. In die brief staat onder meer vermeld: '(...) In opgemelde zaak treed ik op voor [voormalige echtgenote van eiser] en [eiser], terzake het navolgende: Op 2 maart 2005 zijn zij slachtoffer geworden van een ontploffings- en

brandcalamiteit in en om de woonwagen (...) te [plaats] (...). (...) Cliënten hebben als gevolg van de ontploffing en brand ernstige brandwonden opgelopen en zijn dus levenslang verminkt. (...) Cliënte, [voormalige echtgenote van eiser] heeft ongeveer één week vóór de ontploffing en brand, reeds een gaslucht geroken. Zij nam contact op met de gemeente Valkenburg. Deze gemeente heeft blijkbaar aan Uw firma opdracht gegeven om ter plaatse te komen, onderzoek te doen en, indien noodzakelijk, onderhouds- c.q. reparatiewerkzaamheden te verrichten. Uit de verklaring van mijn cliënten leid ik af, dat U ter plaatse bent geweest, doch geen verder onderzoek heeft gedaan, onder het mom van tijdsgebrek. U bent onverrichterzake weer vertrokken. Cliënten hebben wederom contact opgenomen met de gemeente om aandacht te blijven vragen voor deze kwestie. De gaslucht bleef aanwezig. Uiteindelijk is het tot een ontploffing gekomen, met voornoemde ernstige gevolgen voor cliënten van dien. Gezien het bovenstaande kan voorshands de conclusie worden getrokken, dat U in het kader van de door de gemeente gegeven opdracht ernstig bent tekort geschoten in Uw verplichtingen en jegens mijn cliënten onrechtmatig heeft gehandeld. Alvorens ik definitieve conclusies trek en cliënten dienaangaande kan adviseren stel ik U in de gelegenheid om schriftelijk Uw reactie te geven (...).'

(iv) Op 24 november 2006 heeft [betrokkene 1] in de zaak tegen [installatiebedrijf] een toevoeging voor [eiser] aangevraagd bij de Raad voor Rechtsbijstand. De toevoeging is op 12 december 2006 definitief afgegeven.

(v) [betrokkene 1] heeft bij brief van 17 januari 2007 aan [installatiebedrijf] onder meer meegedeeld:

'(...) Uw brief van 6 december 2006 heb ik met cliënten besproken. Ik begrijp, dat U destijds op het kampje de hele technische installatie heeft aangelegd. (...) Ik ga er voorshands vanuit, dat de gascalamiteit een technische oorzaak heeft gehad. Ik ben doende om van diverse zijden hierover zoveel mogelijk informatie te verkrijgen. (...).'

(vi) Na deze brief van 17 januari 2007 heeft [betrokkene 1] geen handelingen meer voor of namens [eiser] verricht.

(vii) [eiser] heeft in maart 2011 een andere advocaat, [betrokkene 2], benaderd. [betrokkene 2] heeft bij brief van 15 maart 2011 het dossier van [eiser] bij [verweerster] opgevraagd.

(viii) Na correspondentie tussen [betrokkene 2] en [betrokkene 1] heeft [betrokkene 2] in opdracht van [eiser] op 10 september 2012 [verweerster] aansprakelijk gesteld voor een beroepsfout, 'inhoudende het laten verjaren van zijn schadeclaim contra de gemeente Valkenburg aan de Geul en/of de firma [installatiebedrijf].'

2.3. [eiser] vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat [verweerster] toerekenbaar is tekortgeschoten in de uitvoering van de overeenkomst van opdracht tussen partijen en aansprakelijk is voor de door [eiser] geleden en nog te lijden schade, alsmede veroordeling van [verweerster] tot schadevergoeding nader op te maken bij staat. [eiser] heeft aan deze vorderingen ten grondslag gelegd dat [verweerster] heeft nagelaten om de voor het ongeval aansprakelijke partij aansprakelijk te stellen, waardoor de schade niet is vergoed en de schadeclaim inmiddels is verjaard.

2.4. De rechtbank heeft de vorderingen van [eiser] toegewezen.

<sup>7</sup> Vergelijk TM bij art. 7:23 BW, Parl. Gesch. BW Boek 7, p. 146.

<sup>8</sup> Schriftelijke toelichting van mrs. Stortelder en De Gans onder 4.13.

2.5. Het hof heeft het vonnis vernietigd en de vorderingen afgewezen.<sup>9</sup> Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, geoordeeld dat het beroep van [verweerster] op de klachtplicht zoals bedoeld in art. 6:89 BW opgaat. Het heeft daartoe, samengevat, het volgende overwogen.

Veronderstellenderwijs zal ervan worden uitgegaan dat tussen partijen sprake was van een overeenkomst van opdracht en dat [verweerster] deze overeenkomst niet heeft opgezegd en toerekenbaar is tekortgeschoten in de uitvoering daarvan door de belangen van [eiser] niet te behartigen, dan wel dat [verweerster] deze overeenkomst mondeling heeft opgezegd, maar toerekenbaar is tekortgeschoten door deze overeenkomst niet op voldoende omzichtige en voldoende duidelijke wijze op te zeggen. (rov. 6.19)

[eiser] had eerder dan in maart 2011 zodanige gerede twijfel moeten hebben gehad dat er sprake zou kunnen zijn van een gebrek in de prestatie, dat dit hem tot nader onderzoek had moeten aanzetten. (rov. 6.26-6.27)

Door het tijdsverloop is [verweerster] ernstig in haar belangen geschaad. (rov. 6.29-6.30)

[eiser] heeft, ook voor zover de door hem gestelde tekortkoming ziet op het laten verjaren van zijn vorderingen, niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek in de prestatie heeft ontdekt dan wel redelijkerwijze had behoren te ontdekken bij [verweerster] geprotesteerd. [eiser] kan dan ook geen beroep meer doen op het gestelde gebrek in de prestatie van [verweerster]. (rov. 6.31)

### 3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 1 van het middel richt zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 6.19-6.31) dat erop neerkomt dat [eiser] op grond van art. 6:89 BW geen beroep meer kan doen op het gestelde gebrek in de prestatie van [verweerster]. Het klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat art. 6:89 BW niet van toepassing is op een geval als het onderhavige, waarin in het geheel geen prestatie is verricht.

3.2. Art. 6:89 BW bepaalt dat een 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 redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.

3.3. In cassatie staat vast dat [verweerster] na de hiervoor in 2.1 onder (v) bedoelde brief van 17 januari 2007 feitelijk niet meer de belangen van [eiser] heeft behartigd en iedere verdere prestatie in het kader van de – door het hof veronderstellenderwijs aangenomen – overeenkomst met [eiser] achterwege heeft gelaten. Op een dergelijk nalaten om een overeengekomen prestatie te verrichten, is art. 6:89 BW niet van toepassing.<sup>10</sup> Deze bepaling strekt immers ertoe de 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 de schuldeiser, indien dit niet het geval blijkt te zijn, dit eveneens met spoed aan de schuldenaar meedeelt. Het oordeel van het hof dat art. 6:89 BW ook van toepassing is op een geval als het onderhavige, berust dan ook op een onjuiste rechtsopvatting. De klacht is gegrond.

3.4. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

– vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 14 juli 2020;

– verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

– veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 425,18 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerster] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

### NOOT

#### *Feiten en geding in feitelijke instanties*

1. De eerste advocaat van eiser heeft op 23 november 2006 en op 17 januari 2007 een brief gestuurd aan het installatiebedrijf ter zake van de door eiser en zijn toenmalige echtgenote in maart 2005 opgelopen ernstig letselschade wegens ontploffing en brand. In de eerste brief heeft de eerste advocaat meegedeeld dat voorshands de conclusie kan worden getrokken dat het installatiebedrijf ernstig is tekortgeschoten en onrechtmatig heeft gehandeld, maar dat nog geen definitieve conclusies zijn getrokken. In de tweede brief is vermeld dat de eerste advocaat ervan uitgaat dat de gascalamiteit een technische oorzaak heeft gehad en dat hij doende is om nadere informatie te verkrijgen. Daarna heeft de eerste advocaat geen werkzaamheden meer voor eiser verricht. In maart 2011 heeft eiser een nieuwe advocaat ingeschakeld. In september 2012 heeft deze nieuwe advocaat namens eiser de eerste advocaat aansprakelijk gesteld voor een beroepsfout. De eerste advocaat zou de verjaringstermijn van de vordering van eiser op het installatiebedrijf niet hebben gestuit, waardoor de vorderingen van eiser zijn verjaard. In de daaropvolgende procedure tegen het advocatenkantoor van de eerste advocaat vordert eiser onder meer een verklaring voor recht dat (het kantoor van) de eerste advocaat toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst en aansprakelijk is voor de schade van eiser. De rechtbank is van oordeel dat tussen eiser en de eerste advocaat een overeenkomst van opdracht als bedoeld in art. 7:400 BW tot stand is gekomen. Ze wijst de vordering van eiser toe. Het beroep van (het kantoor van) de eerste advocaat op de klachtplicht van art. 6:89 BW wijst de rechtbank af. De rechtbank is van oordeel dat eiser binnen bekwame tijd nadat hij de wanprestatie van (het kantoor van) de eerste advocaat heeft ontdekt, heeft geprotesteerd.

2. Het hof wijst de vordering van eiser echter alsnog af omdat eiser niet overeenkomstig art. 6:89 BW heeft geprotesteerd binnen bekwame tijd na zijn ontdekking van het gestelde gebrek in de prestatie van (het kantoor van) de eerste advocaat.

3. Om tot zijn oordeel te komen, heeft het hof invulling gegeven aan de ratio van art. 6:89 BW. Dit artikel berust 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

<sup>9</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2170.

<sup>10</sup> Vgl. HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531 (Brocef/Simons), rov. 4.3.

de schuldenaar meedeelt.<sup>1</sup> Door het onderzoek of de mededeling achterwege te laten, ontnemt de schuldeiser zich het recht over de gebreken van de prestatie te klagen. Het niet voldoen aan de klachtplicht is dus een specifieke vorm van rechtsverwerking, hetgeen een bevrijdend verweer is en waarvoor de stelplicht en bewijslast dus op de schuldenaar rusten.<sup>2</sup> Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, dient acht 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.<sup>3</sup> Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd, is enerzijds van belang het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren (te weten verval van al zijn rechten inzake de tekortkoming) en is anderzijds van belang of de schuldenaar concreet nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser klaagt (zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken). Voor deze beoordeling is een belangrijke, maar niet doorslaggevende factor de verstreken tijd tussen het moment dat bekendheid met het gebrek bestaat of diende te bestaan en het moment van het protest.<sup>4</sup>

4. In casu acht het hof het niet gebruikelijk dat dergelijke letselschadezaken jarenlang stilliggen. Daarnaast zijn door het late klagen de mogelijkheden van (het kantoor van) de eerste advocaat om de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken tenietgedaan. Ook had eiser eerder dan in maart 2011 zodanige gereede twijfel moeten hebben gehad dat er sprake zou kunnen zijn van een gebrek in de prestatie dat dit eiser tot nader onderzoek had moeten aanzetten.

#### Hoge Raad

5. Eiser klaagt vervolgens in cassatie dat het hof heeft miskend dat de klachtplicht van art. 6:89 BW in dit geval niet van toepassing is omdat geheel geen prestatie is verricht.

6. De A-G concludeert dat uit een overeenkomst van opdracht de verschuldigheid van meerdere prestaties kan voortvloeien. In casu is de verschuldigde prestatie om de verjaring te stuiten, naar de mening van de A-G, te onderscheiden van de prestatie om het installatiebedrijf (voor iets anders dan voor stuiting van de verjaring) aan te schrijven. Het feit dat de ene prestatie is verricht, betekent niet dat het nalaten van het verrichten van een andere prestatie kwalificeert als ondeugdelijke nakoming. Het nalaten is en blijft, op overgangsgevallen na, het in het geheel niet verrichten van de verschuldigde prestatie (in casu een stuitingshandeling). De A-G meent dat in casu van een overgangsgeval geen sprake is omdat de eerste advocaat inzake het stuiten van de verjaring helemaal niets heeft gedaan. Dat de eerste advocaat vóór 2006 wel werkzaamheden heeft verricht voor eiser, verandert daar niets aan.

7. De uitspraak van de Hoge Raad is kort en bondig. De Hoge Raad oordeelt de klacht gegrond. Hij overweegt daarbij dat (het kantoor van) de eerste advocaat na het versturen van de

brief van 17 januari 2007 de belangen van eiser niet meer heeft behartigd en iedere verdere prestatie in het kader van de overeenkomst achterwege heeft gelaten. Op het nalaten van het verrichten van een overeengekomen prestatie, zoals in casu het geval is, is art. 6:89 BW niet van toepassing.

#### Toepassingsbereik van de klachtplicht

8. De literatuur en jurisprudentie van de afgelopen jaren laten zien dat het toepassingsbereik van de klachtplicht van art. 6:89 BW geen uitgemaakte zaak is. In deze procedure wordt dat nog eens bevestigd. Toch zijn er diverse aanknopingspunten waarmee een (steeds duidelijker) kader van het toepassingsbereik kan worden geschetst. Zo heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk bevestigd dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen, waaronder ook verbintenissen uit beleggingsadviesrelaties zoals de bancaire zorgplicht.<sup>5</sup> De Hoge Raad heeft ook geoordeeld dat de klachtplicht niet ziet op een vordering uit onrechtmatige daad, tenzij die vordering is gericht tegen de schuldenaar en is gegrond op een gebrek in de prestatie.<sup>6</sup> De klachtplicht heeft voorts ook geen betrekking op het opstellen en toesturen van facturen.<sup>7</sup> De klachtplicht ziet enkel op verbintenissen en daarmee niet op zuiver familierechtelijke of vennootschappelijke verplichtingen.<sup>8</sup> Voor koop is in art. 7:23 BW een vergelijkbare bepaling opgenomen als die van art. 6:89 BW. De regels die voor art. 7:23 BW gelden, zijn van overeenkomstige toepassing bij een beroep op art. 6:89 BW.<sup>9</sup> Op aanneming van werk zijn in plaats van art. 6:89 BW juist de bepalingen van art. 7:758 lid 1 en lid 3 BW, art. 7:759 lid 1 BW en art. 7:762 BW van toepassing, welke specifiek zien op gedeeltelijke nakoming.<sup>10</sup>

9. Uit de bewoordingen van art. 6:89 BW volgt bovendien dat de klachtplicht slechts ziet op gebrekkige prestaties en dus niet op gevallen van niet-tijdige nakoming of gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht. In 2007 heeft de Hoge Raad dit ook nog eens bevestigd.<sup>11</sup> Ook in situaties waarbij de vraag aan de orde is of al dan niet moet worden gepresteerd, en niet of er gebrekkig is gepresteerd, is art. 6:89 BW dus niet aan de orde.<sup>12</sup>

10. Complicaties doen zich daarbij voor indien er sprake is van gedeeltelijke nakoming en het de vraag is of het niet-na-

1 Parl. gesch. Boek 6, p. 316-317.

2 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593 (*FAR/Edco*), r.o. 5.6.3.

3 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (*Van der Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.5, met nadere gezichtspunten in r.o. 4.2.3 en 4.2.4.

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

5 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (*Van der Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.1.

6 Hierbij moet worden opgemerkt dat de klachtplicht dan niet ziet op de onrechtmatige daad zelf, maar op de gebrekkige nakoming van de verbintenis tot schadevergoeding die daaruit voortvloeit; J.J. Valk, 'Het toepassingsbereik van de klachtplicht', *MvV* 2020/2; HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7 (*verkoopmakelaar*); T&C, Rechtsverlies door niet-protesteren bij: art. 6:89 BW.

7 HR 11 mei 2001, *NJ* 2001/410 (*Luttikhuis c.s./Ridgefield en KHT*).

8 J.J. Valk, 'Het toepassingsbereik van de klachtplicht', *MvV* 2020/2, p. 46; A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, 'De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief', *MvV* 2015/4.

9 Art. 7:23 lid 1 BW heeft dezelfde ratio als art. 6:89 BW en vormt een precisering van art. 6:89 BW. Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (*Van der Steeg/Rabobank*), r.o. 4.2.2; HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733 (*Ploum/Smeets I*), r.o. 4.8.2; *Asser/Hijma 7-I* 2019/801; HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435, (*WEA Randstad Accountants/Verweersters*), r.o. 5.2.

10 T&C, Rechtsverlies door niet-protesteren bij: art. 6:89 BW.

11 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531 (*Brocacef/Simons*).

12 Hof 9 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2294, r.o. 7.7.4.



gekomen gedeelte al dan niet een aparte verplichting betreft. Valk geeft in een artikel het voorbeeld van de opdracht aan een boekbinder om vijf boeken te restaureren. Indien hij er slechts vier restaureert, is er dan sprake van een ondeugdelijke nakoming van de verplichting om vijf boeken te restaureren (in welk geval art. 6:89 BW van toepassing is) of is inzake één boek in het geheel niet gepresteerd (in welk geval art. 6:89 BW niet van toepassing is)?<sup>13</sup> Om te bepalen of gedeeltelijk niet wordt nagekomen of dat juist in het geheel geen prestatie wordt verricht, is de uitleg van de overeenkomst aan de hand van de Haviltex-criteria van belang.<sup>14</sup> Uit die uitleg kan namelijk onder meer voortvloeien dat schuldeiser en schuldenaar één hoofdprestatie zijn overeengekomen die bestaat uit meerdere samenhangende deelprestaties of dat zij juist meerdere hoofdprestaties zijn overeengekomen.

11. Naarmate sprake is van een nauwere samenhang tussen wel en niet uitgevoerde delen van een prestaties, zal bovendien eerder sprake zijn van een prestatie die niet goed is verricht dan een prestatie die helemaal niet is verricht. Hoe sterker de te leveren prestaties verschillen, hoe minder de schuldenaar erop zal kunnen vertrouwen dat hij al zijn verplichtingen is nagekomen wanneer een deel van de prestaties achterwege blijft.<sup>15</sup> Hoe minder dat vertrouwen, hoe groter de mogelijkheid dat de klachtplicht niet van toepassing is en een beroep daarop dus faalt.

12. Het lijkt ons dat er sprake is van een nauwe samenhang indien het niet-uitgevoerde deel ziet op dezelfde verplichting als het wel uitgevoerde deel. Zo werd het afnemen van een kleiner volume aan hectoliters bier dan overeengekomen beschouwd als een gebrek in de prestatie.<sup>16</sup>

13. Het lijkt ons dat het stuiten van verjaring tot de zorgplicht van een advocaat behoort. Tevens lijkt ons dit in beginsel een specifieke hoofdprestatie en niet een samenhangende deelprestatie. Het verzuimen om een relevante (proces)handeling tijdig te verrichten, maakt immers dat de cliënt zijn rechten verliest. Art. 6:89 BW is dan in beginsel niet relevant, nu de niet-nakoming toch niet meer is te herstellen. Dit kan volgens ons echter anders zijn indien de advocaat met de cliënt heeft afgesproken om bijvoorbeeld enkele weken voor de relevante termijn een concept aan te leveren en dit vervolgens niet doet. In dat geval kan de cliënt nog tijdig aan te bel trekken, opdat alsnog tijdig de vereiste (proces)handeling plaatsvindt. Het lijkt ons echter dat in een dergelijk geval art. 6:89 BW (al dan niet rechtsverwerking, wat dus een binaire uitkomst oplevert) tot een minder passende oplossing leidt dan bijvoorbeeld eigen schuld, in welk geval de schade in een bepaalde verhouding tussen cliënt en advocaat kan worden gedeeld. In het geval dat er wel sprake is van enige stuitingshandeling, stelt Katan dat wanneer een jurist tegenover een of meer partijen een vordering stuit maar tegenover één andere partij vergeet een vordering te stuiten, er eerder sprake zal zijn van een gebrekkige dan van een in het geheel niet nagekomen prestatie.<sup>17</sup> Dat lijkt ons in beginsel juist.

14. In onderhavige casus gaat het om de vraag of art. 6:89 BW van toepassing is indien in het geheel niet is gepresteerd inzake het stuiten van de verjaring, maar wel andere handelingen zijn verricht. Het hof is er veronderstellenderwijs van uitgegaan dat het advocatenkantoor van de eerste advocaat toerekenbaar is tekortgeschoten, tegen welk oordeel geen cassatieklacht is gericht, zodat hiervan in cassatie dient te worden uitgegaan. Het hof maakt geen onderscheid tussen de verschillende soorten handelingen. De A-G maakt dit onderscheid wel en concludeert dat in het geheel niet is gepresteerd inzake stuiting van de verjaring. Daarover kan overigens genuanceerd worden gedacht, nu de eerste advocaat in zijn eerste brief meedeelde dat hij er voorshands van uitgaat dat het installatiebedrijf aansprakelijk is, maar dat hij het installatiebedrijf in de gelegenheid stelt om te reageren, en na de reactie van het installatiebedrijf de eerste advocaat in zijn tweede brief heeft meegedeeld dat hij er voorshands van uitgaat dat de gascalamiteit een technische oorzaak had en dat hij bezig is hierover zo veel mogelijk informatie te verkrijgen. Voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een stuiting dient te worden beoordeeld of de schriftelijke mededeling een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar inhoudt dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren. Voor de beoordeling of aan deze eisen is voldaan, dient niet alleen te worden gelet op de formulering daarvan, maar ook op de context waarin de mededeling wordt gedaan en de overige omstandigheden van het geval, waaronder ook de verdere correspondentie tussen partijen.<sup>18</sup> Mogelijk waren de twee brieven wel een stuitingshandeling of een gebrekkige uitvoering daarvan, maar het hof is aan een inhoudelijke behandeling daaromtrent niet toegekomen. De Hoge Raad heeft, in afwijking van de A-G, niet geoordeeld dat de brieven geen stuitingshandeling betreffen, maar dat sindsdien de belangen van de schuldeiser niet zijn behartigd en sindsdien iedere prestatie achterwege is gelaten. Dit oordeel is zoals gezegd juist, nu er sindsdien in het geheel niet gepresteerd is. Erg relevant lijkt dit oordeel in casu echter niet. In de verwijzingsprocedure zal derhalve (voor zover daarover was gerefereerd) nog dienen te worden geoordeeld over de vragen of de brieven een stuitingshandeling bevatten en of deze een gebrekkige stuitingshandeling bevatten. In het laatste geval lijkt ons dat art. 6:89 BW daarop wel van toepassing is en moet worden geoordeeld of het klagen na ruim vier jaar na de laatste brief tijdig is. Het hof was er overigens veronderstellenderwijs van uitgegaan dat (het advocatenkantoor van) de eerste advocaat ofwel de overeenkomst van opdracht niet heeft opgezegd en toerekenbaar is tekortgeschoten ofwel mondeling die overeenkomst wel heeft opgezegd, maar dit niet op voldoende omzichtige en voldoende duidelijke wijze heeft gedaan. In het laatste geval lijkt er sprake te zijn van een gebrekkige handeling (immers een mondelinge opzegging die niet voldoet aan de eisen), zodat ook daarvoor art. 6:89 BW dient te gelden.

#### Conclusie

15. Voor de beoordeling of een partij een beroep op de klachtplicht overeenkomstig art. 6:89 BW toekomt, is het es-

13 J.J. Valk, 'Het toepassingsbereik van de klachtplicht', *MvV* 2020/2, p. 51.

14 B.M. Katan, 'De ondergrens van artikel 6:89 BW', *Contracteren* 2007/2.

15 B.M. Katan, 'De ondergrens van artikel 6:89 BW', *Contracteren* 2007/2, p. 47.

16 Hof Amsterdam 29 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:130.

17 B.M. Katan, 'De ondergrens van artikel 6:89 BW', *Contracteren* 2007/2, p. 47.

18 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, r.o. 3.3.

sentieel om onderscheid te maken tussen de verschillende verschuldigde prestaties die uit eenzelfde overeenkomst voortvloeien. Vervolgens moet worden beoordeeld of een verschuldigde prestatie gedeeltelijk niet is nagekomen of juist in het geheel niet is verricht. In het laatste geval speelt art. 6:89 BW geen rol. Indien er echter sprake is van een gedeeltelijke niet-nakoming van de prestatie (ofwel van een gebrekkige prestatie), dan dient vervolgens te worden beoordeeld of de schuldeiser binnen bekwame tijd heeft geïntercedieerd.

mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen en mr. H.A. de Bruijn  
Stonewater

## Strafrecht

178

### Motivering oplegging tbs met dwangverpleging

Hoge Raad  
2 november 2021, nr. 20/02078, ECLI:NL:HR:2021:1628  
(mr. Van den Brink, mr. Buruma, mr. Röttgering)  
(Concl. A-G Harteveld)  
Noot mr. C. van Oort

### Klachten over vaststelling ziekelijke stoornis bij weigerende observandus.

[Sr art. 37a]

*Essentie:* Voor het kunnen opleggen van de maatregel terbeschikkingstelling is vereist dat bij de verdachte tijdens het begaan van het feit een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens heeft bestaan. De rechter dient hierover advies in te winnen bij twee gedragsdeskundigen van verschillende disciplines, waaronder een psychiater, die de betrokkene hebben onderzocht.

*Samenvatting:* Volgens vaste jurisprudentie is de rechter evenwel niet gebonden aan de inhoud van deze adviezen, hij heeft ter zake een eigen verantwoordelijkheid. Wel moet hij – ook indien hij afwijkt van de uitgebrachte adviezen – vaststellen dat een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond ten tijde van het begaan van het feit. Het gaat hierbij slechts om het vaststellen van een gelijktijdigheidsverband tussen stoornis en delict. Juist bij weigerende observandi geeft het vaststellen van een stoornis vaak problemen, maar de Hoge Raad blijft bij de lijn dat de rechter zelf een stoornis kan vaststellen zonder een zo luidend deskundigenadvies. Het cassatieberoep wordt derhalve verworpen.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het gerechtshof Amsterdam van 1 juli 2020, nummer 23-003799-19, in de strafzaak tegen:  
[verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1996,  
hierna: de verdachte.

### Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Harteveld)

1. De verdachte is bij arrest van 1 juli 2020 door het gerechtshof Amsterdam ter zake van zaak A wegens 1. Primair 'zware mishandeling', 2. Subsidiair 'mishandeling', 3. 'diefstal, waarbij de schuldige zich de toegang tot de plaats van het misdrijf heeft verschafte en het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van braak, meermalen gepleegd, en diefstal en 4. 'diefstal, waarbij de schuldige zich de toegang tot de plaats van het misdrijf heeft verschafte en het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van braak' en ter zake van zaak B wegens 'bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht' veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 18 maanden, met aftrek voor voorarrest. Daarnaast heeft het hof de maatregel terbeschikkingstelling met dwangverpleging opgelegd. Ook heeft het hof de teruggave gelast van een in beslag genomen telefoon, een vordering van een benadeelde partij gedeeltelijk toegewezen en ter zake van deze vordering een schadevergoedingsmaatregel opgelegd, een andere benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaard en de tenuitvoerlegging gelast van een eerder voorwaardelijk opgelegde straf, een en ander als nader in het arrest bepaald.

2. Het cassatieberoep is ingesteld namens de verdachte en mr. J. Kuijper, advocaat te Amsterdam, heeft één middel van cassatie voorgesteld.

3. Het gaat in deze zaak om een zogeheten weigerende observandus. Het procesverloop kan als volgt worden samengevat. De verdachte is door de rechtbank en het hof veroordeeld voor diverse misdrijven. Het 'zwaartepunt' van deze misdrijven ligt – in de woorden van het hof – bij de zware mishandeling. Voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling door de rechtbank is de verdachte onderzocht in het Pieter Baan Centrum (PBC). De verdachte heeft hier zijn medewerking geweigerd, waarna door het PBC een zogenaamde 'weigerrapportage' is opgemaakt. Deze rapportage bevat niettemin de conclusie dat met zekerheid sprake is van een psychiatrische stoornis bij de verdachte. Deze diagnose kan echter niet nader worden geconcretiseerd dan dat de 'waarschijnlijkheidsdiagnose (het beginstadium van) een schizofrene ontwikkeling is'. Voor wat betreft de periode waarin de tenlastegelegde feiten plaatsvonden, komen de deskundigen niet verder dan dat 'sprake lijkt van een ingezette psychiatrische ontregeling'. De rechtbank komt mede op basis van dit rapport tot het oordeel dat het niet kan vaststellen 'of de psychiatrische problematiek aanwezig was ten tijde van de feiten' en besluit mede daarom geen tbs op te leggen. Het OM is tegen deze uitspraak in appel gegaan en in het hoger beroep heeft de discussie zich geconcentreerd op de vraag of wel of geen tbs aangewezen is. In deze fase is ook een nader reclasseringsrapport opgemaakt. De uitkomst van de behandeling in hoger beroep was dat het hof – anders dan de rechtbank – wel tot tbs-oplegging heeft besloten. Het hof heeft hiertoe de bevindingen van de deskundigen aangevuld met een eigen redenering, op basis waarvan het heeft geconcludeerd dat de door de deskundigen vastgestelde psychiatrische stoornis reeds ten tijde van de bewezen verklaarde feiten bestond bij de verdachte.

3.1. Tegen dit oordeel van het hof komt het middel op met een rechtsklacht en een motiveringsklacht. De rechtsklacht komt er kort gezegd op neer dat het hof in zijn uitspraak blijkt zou hebben gegeven van een onjuiste opvatting over hoe het domein van de rechter en dat van de deskundige zich tot elkaar verhouden. De motiveringsklacht heeft betrekking op de be-