

Bb 2024/36

Over de reikwijdte van de klachtplicht van artikel 6:89 BW

Mr. D.E. Burgers, datum 09-07-2024

Datum	09-07-2024
Auteur	Mr. D.E. Burgers ^[1]
JCDI	JCDI:ADS967225:1
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Algemeen Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

Art. 6:89 BW bepaalt dat een schuldeiser op een gebrek 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. Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat aan een bestuurder ter afwering van zijn aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW jegens de rechtspersoon, geen beroep kan toekomen op art. 6:89 BW (HR 26 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:681).

1. Inleiding

Op grond van de klachtplicht van art. 6:89 BW dient de schuldeiser binnen bekwame tijd nadat hij een gebrek heeft ontdekt of had moeten ontdekken, bij de schuldenaar te protesteren. De klachtplicht strekt er toe 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, indien dit niet het geval blijkt te zijn, dit eveneens met spoed aan de schuldenaar meedeelt. De partij die een prestatie heeft geleverd moet aldus niet al te lang in onzekerheid blijven over de juistheid van zijn geleverde prestatie. De klachtplicht wordt in de praktijk als schuldenaarsvriendelijk ervaren. Dat komt niet in de laatste plaats vanwege de ongenueanceerde sanctie van te laat klagen: de schuldeiser verliest alle rechtsvorderingen en verweren ter zake van het gebrek. Dit positieve perspectief voor schuldenaren heeft geleid tot een veelvoud aan beroepen op de klachtplicht. In veel situaties valt het immers goed te verdedigen dat een schuldeiser eerder had kunnen klagen. De Hoge Raad heeft in verschillende arresten het evenwicht tussen schuldeiser en schuldenaar getracht te herstellen, maar met name het toepassingsbereik van de klachtplicht blijft voorwerp van debat. Is de klachtplicht bijvoorbeeld van toepassing bij de betaling van een geldsom en ingeval van schending van een concurrentiebeding? Geldt de klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW? In het in deze bijdrage te bespreken arrest, gaat de Hoge Raad nader in op deze laatste vraag. In het vervolg kom ik tot een bespreking van het arrest waarbij ik eerst zal stilstaan bij het juridisch kader waarna ik vervolg met de feiten, de overwegingen en een juridische analyse. Ik sluit af met een aantal overwegingen voor de praktijk.

2. Juridisch kader

2.1 Klachtplichten

Art. 6:89 BW bevat een algemene klachtplicht met betrekking tot gebrekkige prestaties. Deze klachtplicht geldt voor alle prestaties zoals de bouw van een bedrijvencomplex, het verrichten van onderhoud aan installaties en het geven van advies. Art. 7:23 BW bevat een klachtplicht met betrekking tot non-conformiteit van het geleverde op grond van een koopovereenkomst. Deze klachtplicht is derhalve specifiek ten aanzien van koopovereenkomsten relevant. In deze bijdrage zal enkel worden stilgestaan bij de klachtplicht van art. 6:89 BW. De ratio van de klachtplicht is dat een schuldenaar er enerzijds op moet kunnen vertrouwen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de door de schuldenaar geleverde prestatie aan de overeenkomst beantwoordt en anderzijds moet de schuldenaar worden beschermd tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten als de prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt. Kort gezegd beschermt de klachtplicht de schuldenaar aldus tegen ongegronde en onverwachte vorderingen. Zoals in de inleiding is aangestipt, kent de klachtplicht rechtsverval als sanctie. Dit is een verstrekkende sanctie aangezien niet alleen de rechtsvordering van de schuldeiser tenietgaat, maar het vorderingsrecht zelf ophoudt te bestaan. Hierin schuilt een verschil met verjaring, waarbij enkel de mogelijkheid om de vordering te gelde te maken verdwijnt. De schuldenaar die een verjaarde vordering voldoet, betaalt niet onverschuldigd. Een schuldenaar die een vordering voldoet die op grond van de klachtplicht teniet is gegaan, betaalt wél onverschuldigd.^[2] Zowel met betrekking tot de klachtplicht van art. 6:89 BW als die van art. 7:23 BW geldt dat de rechter die niet ambtshalve mag beoordelen.^[3] De schuldenaar zal zich derhalve op deze bepaling(en) moeten beroepen.

2.2 Tijdig klagen en relevante omstandigheden

Op de vraag wat 'binnen bekwame tijd' klagen precies inhoudt, is geen eenduidig antwoord te geven. Er is immers geen vaste termijn waarbinnen moet worden geklaagd of die als uitgangspunt te gelden heeft. Op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad, geldt dat voor het antwoord op de vraag of op de voet van art. 6:89 BW tijdig is geprotesteerd, acht moet worden geslagen op alle relevante omstandigheden zoals de onderlinge verhouding tussen partijen, de aanwezige juridische kennis en de deskundigheid van partijen, maar ook het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen het gebrek is geprotesteerd en de waarneembaarheid van het gebrek.^[4] Met name aangezien de klachtplicht schuldenaarsvriendelijk is en een verregaande sanctie met zich brengt, is een veelgehoorde mening dat de regeling te streng is. De Hoge Raad is niet blind geweest voor de 'kritiek' en heeft zijn rechtspraak op dit onderwerp in 2014 verder uitgebreid door een belangrijk arrest te wijzen waaruit volgt dat voor de bepaling van de klachttermijn in belangrijke mate bepalend is in hoeverre de belangen van de schuldenaar werkelijk zijn geschaad.^[5] Niet alleen moet het tijdsverloop tussen de ontdekking (of behoren te ontdekken) van het gebrek en het uiten van de klacht in ogenschouw worden genomen, maar met name moet de vraag worden beantwoord of de schuldenaar daadwerkelijk nadeel ondervindt als gevolg van het tijdstip waarop hij de klacht ontvangt. Van nadeel is bijvoorbeeld sprake indien de schuldenaar door het lange wachten van de schuldeiser niet meer kan aantonen dat geen sprake was van een tekortkoming en aldus in zijn bewijspositie is aangetast. Van nadeel kan ook worden gesproken als de schuldenaar aangetast is in zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. Als zulke belangen niet zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende reden zijn de schuldeiser een gebrek aan voortvarendheid te verwijten.

2.3 Stelplicht en bewijslast

Het laatstgenoemde arrest is ook relevant met betrekking tot de stelplicht en bewijslast in het kader van art. 150 Rv. Dit artikel geeft het uitgangspunt van ons bewijsrecht: wie zich op het rechtsgevolg van een bepaald feit beroept, draagt de bewijslast van dat feit. Een beroep door de schuldenaar op de klachtplicht is een bevrijdend verweer. Het gaat namelijk niet om de betwisting van een door de eiser aan zijn vordering ten grondslag gelegd feit (waarvoor de verweerder geen bewijsrisico draagt), maar om een beroep op een zelfstandig rechtsgevolg: de vordering van de eiser gaat teniet. Omdat de schuldenaar zich op dat tenietgaan beroept, zou hij op grond van de normale bewijslastverdelingsregels de daartoe relevante feiten moeten stellen en zo nodig bewijzen. Daarom zou het logisch zijn dat de bewijslast van een beroep op de klachtplicht volledig bij de schuldenaar ligt. De Hoge Raad komt tot een ander oordeel: de schuldenaar dient feiten en omstandigheden te stellen en, bij voldoende betwisting, te bewijzen, waaruit volgt dat geen sprake is van een tijdige klacht. Tot zover strookt deze overweging met de hoofdregel van bewijslastverdeling. Maar de Hoge

Raad keert de bewijslast om met betrekking tot relevante feiten en omstandigheden ten aanzien van de vraag (i) of; en zo ja (ii) wanneer de schuldeiser heeft geklaagd. Deze feiten dient de schuldeiser te stellen en zo nodig te bewijzen. Deze bewijslastomkering is volgens de Hoge Raad ingegeven door het feit dat de vraag of, en zo ja, wanneer is geklaagd, vooral binnen het domein van de schuldeiser ligt. Bovendien overweegt de Hoge Raad dat deze bewijslastregel het beste overeenstemt met de ratio van de klachtplicht, welke bepaling de schuldenaar beoogt te beschermen.

2.4 Reikwijdte van de klachtplicht

De rechtspraak van de Hoge Raad over de reikwijdte van de klachtplicht laat zich vatten in drie onderdelen: (i) verbintenissen, (ii) gebrekkige prestatie en (iii) alle rechtsvorderingen en verweren. Ik licht deze onderdelen toe, te beginnen met het eerstgenoemde onderdeel. Verbintenissen die behandeld worden in Boek 6 BW zijn verbintenissen die een vermogensrechtelijk karakter hebben, een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen. Bijvoorbeeld betrekkingen van zuiver familierechtelijke aard worden niet tot de verbintenissen gerekend. Verbintenissen moeten bovendien worden onderscheiden van rechtsplichten. Rechtsplichten vestigen in tegenstelling tot verbintenissen geen rechtsbetrekking tussen twee of meer personen. Denk aan algemene rechtsplichten zoals men mag niet stelen en men mag niet andermans eigendom vernielen. De bepalingen uit Boek 6 BW over nakoming en niet-nakoming zijn niet op rechtsplichten van toepassing. De klachtplicht van art. 6:89 BW is derhalve van toepassing op verbintenissen en niet op rechtsplichten. Hierover bestond in de literatuur enige tijd onduidelijkheid, maar de Hoge Raad heeft aan die onduidelijkheid een einde gemaakt: hij overwoog in 2013 dat de klachtplicht van toepassing is op *alle* verbintenissen waaronder die uit een beleggingsadviesrelatie.^[6] En in 2018 herhaalde de Hoge Raad dat de klachtplicht van toepassing is op alle verbintenissen maar niet op andere rechtsplichten zoals een onrechtmatige daad.^[7] Een onrechtmatige daad bestaat immers niet in de niet-nakoming van een verbintenis maar in de schending van een andere rechtsplicht. Overigens is de klachtplicht wél van toepassing op de gebrekkige nakoming van de verbintenis tot schadevergoeding die uit een onrechtmatige daad voortvloeit. Ook is de klachtplicht van toepassing op contractuele zorgplichten, al zijn die naar de opvatting van de wetgever strikt bezien geen verbintenissen. De Hoge Raad behandelt de zorgplicht van een bank en ook de zorgplicht van een werkgever als verbintenissen en doet zo recht aan de rechtsverhouding tussen partijen. Valk ziet geen aanleiding om te veronderstellen dat de Hoge Raad anders zal omgaan met contractuele zorgplichten, zodat de klachtplicht ook van toepassing is op de zorgplicht van opdrachtnemers en opdrachtgevers, hulpverleners en ook in het kader van beroepsaansprakelijkheid van onder meer advocaten, notarissen en belastingadviseurs.^[8] Maar ook op een huurder, bewaarnemer en bruiklenner rusten zorgplichten waarop de klachtplicht van toepassing is.

Het tweede onderdeel is die van de gebrekkige prestatie. De klachtplicht ziet slechts op gevallen van ondeugdelijke nakoming en niet op gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht.^[9] In die zin overwoog de Hoge Raad op 8 maart 2024 dat bij de schending van een concurrentiebeding geen sprake is van gebrekkig presteren, maar van niet presteren.^[10] Daarop is de klachtplicht dus niet van toepassing. In de literatuur wordt er terecht op gewezen dat het onderscheid tussen niet-tijdige nakoming, ondeugdelijke nakoming en niet-nakoming niet altijd scherp te maken valt. Dat laat zich met name voelen in gevallen van gedeeltelijke nakoming. Indien een restaurateur van kleding slechts vier van de vijf maatpakken restaureert, is dan sprake van ondeugdelijke nakoming omdat de maatpakken niet zijn gerestaureerd conform de afgesproken hoeveelheid zodat de klachtplicht van toepassing is of moet ten aanzien van het niet-gerestaureerde maatpak worden gezegd dat in het geheel (nog) geen prestatie is verricht zodat de klachtplicht toepassing mist? In het arrest van 15 oktober 2021 ging het om een vergelijkbare situatie van gedeeltelijk niet-nakomen. Een advocaat staat zijn cliënt enige tijd bij en stuurt in dat kader enkele brieven aan de wederpartij. Vanaf een specifieke datum, 17 januari 2007, doet de advocaat echter niets meer voor zijn cliënt en heeft hij diens belangen niet meer behartigd. De advocaat stuurt geen stuitingsbrief aan de wederpartij en als gevolg daarvan verjaart de vordering van de cliënt. De advocaat wordt vervolgens aangesproken vanwege een beroepsfout. Het hof komt tot het oordeel dat de cliënt de klachtplicht heeft geschonden en diens vordering wordt afgewezen. Volgens de cliënt is de klachtplicht echter niet van toepassing, omdat de advocaat na het versturen van enkele brieven zijn belangen in het geheel niet meer heeft behartigd en dus niet (of grotendeels niet) heeft gepresteerd. De cliënt ziet het niet-presteren ten aanzien van de stuiting als een algeheel niet-presteren waarop de klachtplicht niet ziet. De cliënt krijgt de Hoge Raad mee. De Hoge Raad overweegt dat

vaststaat dat de advocaat vanaf 17 januari 2007 feitelijk niet meer de belangen van de cliënt heeft behartigd en iedere prestatie onder de overeenkomst achterwege heeft gelaten. In een dergelijke situatie is art. 6:89 BW niet van toepassing. De Hoge Raad kwalificeert het optreden van de advocaat - vanaf 17 januari 2007 - dus als een algeheel niet-presteren. Ondanks dat de Hoge Raad vrij kort is in zijn overweging, is mijns inziens aan deze overweging wel het een en ander op te merken. Is er immers niet wat voor te zeggen dat de advocaat wel degelijk gepresteerd heeft door aanvankelijk een aantal brieven te sturen en vermoedelijk de cliënt inhoudelijk geadviseerd te hebben? Volgens Katan moet in geval van gedeeltelijk niet-nakomen per geval worden beoordeeld of art. 6:89 BW van toepassing is. Gekeken moet onder meer worden naar de mate waarin de schuldenaar onzeker kan zijn over de deugdelijkheid van de nakoming en naar de kwalificatie van de tekortkoming als gebrek in de prestatie. Dat laatste is een vraag van contractsuitleg. Beoordeeld moet worden of sprake is van één hoofdprestatie die bestaat uit verschillende deelprestaties of van meerdere zelfstandige hoofdprestaties. Katan stelt dat niet te snel moet worden geconcludeerd dat verschillende contractuele prestaties niet samenhangen, zodat bij niet-nakoming van één van die prestaties de klachtplicht niet geldt.^[11] Als vuistregel formuleert Katan dat er eerder een klachtplicht zal bestaan wanneer de verschillende verplichtingen in de overeenkomst nauwer met elkaar samenhangen en een dergelijke samenhang moet vrij snel worden aangenomen.

Het derde onderdeel is dat de klachtplicht alle rechtsvorderingen en verweren betreft die feitelijk zijn gegrond op het gebrek in de prestatie. Onjuist is dus de stelling dat alleen vorderingen uit wanprestatie en tot ontbinding zouden stranden als de schuldeiser te laat klaagt. In verschillende arresten heeft de Hoge Raad beslist dat de klachtplicht van toepassing is op vorderingen en verweren uit onrechtmatige daad, dwaling en bedrog indien die zijn gegrond op feiten die tevens de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt. Zou dit anders zijn, dan zou de schuldeiser de klachtplicht kunnen omzeilen door bijvoorbeeld vernietiging wegens dwaling te vorderen en niet ontbinding wegens tekortkoming.

2.5 De klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid

De Hoge Raad is duidelijk: de klachtplicht is van toepassing op alle verbintenissen maar wel alleen bij gebrekkige prestaties, dat wil zeggen prestaties van een schuldenaar die niet aan de verbintenis beantwoorden. De Hoge Raad interpreteert verbintenissen in dit kader vrij breed zodat de klachtplicht ook op contractuele zorgplichten van toepassing is. Een vervolgvraag is of de klachtplicht van toepassing is op interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van resp. art. 2:9 BW, art. 2:248 BW en art. 6:162 BW. Huizink constateert dat in steeds meer procedures over bestuurdersaansprakelijkheid tijdens de bestuurder een beroep wordt gedaan op de klachtplicht. Hij komt tot de conclusie dat de klachtplicht niet van toepassing dient te zijn op interne noch externe bestuurdersaansprakelijkheid.^[12] Redenen hiervoor zijn onder meer (i) collegialiteit en collectiviteit van het bestuur, (ii) mogelijke decharge, (iii) dat dergelijke bestuurdersaansprakelijkheid zich doorgaans in faillissementssituatie voordoet en (iv) de strenge eis van een persoonlijk ernstig verwijt. Hoe ziet de Hoge Raad dit?

3. De feiten, de rechtbank en het hof

3.1 De feiten

De relevante feiten in deze zaak zijn de navolgende. Het gaat in deze zaak om een aantal vorderingen die de onderneming Parkdale International B.V. (hierna: "Parkdale") op een voormalig bestuurder zegt te hebben (hierna: "de bestuurder"). Naar de mening van Parkdale heeft de bestuurder misbruik gemaakt van zijn positie als bestuurder door onder meer een aantal leningen uit te keren die niet terugbetaald konden worden alsmede ten onrechte gefactureerde bedragen. Van belang hierbij is dat Parkdale heeft deelgenomen aan een groot delvingsproject in Kazachstan. De buitenlandse vennootschap Dala Mining heeft een bedrag van \$ 5 miljoen overgemaakt aan Parkdale die als beheerder van dit bedrag zou gaan optreden en op verzoek van Dala Mining betalingen zou verrichten ten behoeve van het delvingsproject. Dit bedrag diende derhalve besteed te

worden aan de ontwikkeling van het delvingsproject. Na onderzoek door een professioneel en onafhankelijk bedrijf, blijkt dat de bestuurder de genoemde gelden heeft besteed aan andere doeleinden waaronder een lening aan een door hem bestuurde onderneming en partijen komen uiteindelijk tot een gang naar de rechter.

3.2 De rechtbank en het hof

De rechtbank heeft de vorderingen van Parkdale toegewezen. Volgens de rechtbank is sprake van ernstig verwijtbaar handelen als bedoeld in art. 2:9 BW en is sprake van bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurder is het hiermee oneens en stapt naar het hof. In hoger beroep voert de bestuurder onder meer aan dat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen en evenmin van een gebrekkige prestatie. Voor zover wel sprake zou zijn van een gebrekkige prestatie, heeft Parkdale naar zijn mening niet binnen bekwame tijd geklaagd nadat Parkdale deze heeft ontdekt of had moeten ontdekken. Het hof is van mening dat de klachtplicht niet van toepassing is op bestuurdersaansprakelijkheid en onderbouwt zijn standpunt kort gezegd als volgt. In geval van interne bestuurdersaansprakelijkheid geldt als uitgangspunt dat de vennootschapsrechtelijke verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon een bijzondere is en specifieke, in de wet geregelde rechten en plichten meebrengt. De aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon op grond van art. 2:9 BW is gebaseerd op de verplichting van de bestuurder om daaraan invulling te geven. Die bepaling is op zichzelf echter geen bron van een verbintenis tussen de bestuurder en de rechtspersoon tot het verrichten van enige concrete prestatie. Schending van de daarin geregelde verplichting resulteert daarom niet in een verbintenis waarop de klachtplicht van toepassing is. Er volgt hierna een cassatieprocedure.

4. De Hoge Raad

De Hoge Raad is het op dit onderdeel met het hof eens en overweegt:

“Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat aan een bestuurder ter afwering van zijn aansprakelijkheid op de voet van art 2:9 BW jegens de rechtspersoon, geen beroep kan toekomen op art. 6:89 BW. Dit vloeit voort uit de aard van de rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon en uit de omstandigheid dat een rechtspersoon bezwaarlijk kan worden tegengeworpen dat de bestuurder tijdens zijn aanstelling ter zake van onbehoorlijke taakvervulling door hemzelf als bestuurder tegen over de rechtspersoon, nalaat namens die rechtspersoon te protesteren bij zichzelf. Het voorgaande geldt eveneens voor de ingevolge art. 2:9 lid 2 BW hoofdelijk met die bestuurder verbonden medebestuurders nu onder meer de collegiale verhoudingen binnen het bestuur kunnen bemoeilijken dat binnen bekwame tijd wordt geprotesteerd tegen onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder (r.o. 3.4.)”

De Hoge Raad overweegt dat de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing is op bestuurdersaansprakelijkheid ingevolge art. 2:9 BW. Met name de aard van de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon, maar ook de omstandigheid dat een rechtspersoon bezwaarlijk kan worden tegengeworpen dat de bestuurder tijdens zijn aanstelling ter zake van onbehoorlijke taakvervulling door hemzelf als bestuurder tegenover de rechtspersoon, nalaat namens die rechtspersoon te protesteren bij zichzelf, zijn voor de Hoge Raad doorslaggevend.

5. Analyse

De Hoge Raad maakt duidelijk dat de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing is op interne bestuurdersaansprakelijkheid ingevolge art. 2:9 BW. De Hoge Raad hecht veel belang aan de aard van de - bijzondere - rechtsverhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon. De bestuurder is weliswaar gehouden tegenover de rechtspersoon zijn taak behoorlijk te vervullen, maar de bestuurder heeft hierbij veel beleidsvrijheid. Voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW is noodzakelijk dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt waarbij alle omstandigheden van het geval dienen te worden betrokken. De vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid vloeit voort uit onbehoorlijk bestuur en niet

uit 'een prestatie van de schuldenaar die niet aan de verbintenis beantwoordt'. Het zwaartepunt van de bestuurdersaansprakelijkheid ligt in het in Boek 2 BW verankerde rechtspersonenrecht en niet in het algemene vermogensrecht en in het bijzonder het verbintenissenrecht van Boek 6-7 BW. De aard van deze bijzondere rechtsverhouding verzet zich ertegen dat de klachtplicht van art. 6:89 BW kan afdoen aan de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW. Ook kan de vraag gesteld worden of bij bestuurdersaansprakelijkheid überhaupt sprake is van een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking. Alleen dan kan immers sprake zijn van een verbintenis waarop de klachtplicht van toepassing is. Weliswaar heeft de Hoge Raad verbintenissen in dit kader breed geïnterpreteerd waartoe ook contractuele zorgplichten vallen, maar de vraag is of bestuurdersaansprakelijkheid binnen deze opvatting kan worden geplaatst. Reeds in 2014 overwoog de Hoge Raad dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen de persoon in zijn hoedanigheid als bestuurder van een vennootschap en de afgezien van deze hoedanigheid op die persoon rustende aansprakelijkheid.^[13] Ook in de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de verplichting tot behoorlijke taakvervulling van een bestuurder niet voortvloeit uit een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking en dus geen verbintenis is zodat de klachtplicht toepassing mist. Hoewel het in het onderhavige arrest om interne bestuurdersaansprakelijkheid gaat, geldt de overweging van de Hoge Raad mijns inziens in essentie evenzeer voor externe bestuurdersaansprakelijkheid. De bijzondere verhouding van de relatie van de bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon en het complexe karakter van de bestuurstaak spelen ook bij externe bestuurdersaansprakelijkheid. Ingeval van externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad geldt tevens dat de lat hoger ligt dan voor 'gewone' onrechtmatige daden. Tot eenzelfde conclusie komt A-G Assink in zijn conclusie bij het onderhavige arrest waarin hij overweegt dat hoewel de rechtspraak en literatuur niet eensluidend zijn, daarin wel een (royale) meerderheidsopvatting kenbaar is inhoudende dat de klachtplicht niet kan afdoen aan de vestiging van aansprakelijkheid van de bestuurder.^[14] Van belang is dat deze bestuurdersaansprakelijkheid moet worden onderscheiden van contractuele aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap als werknemer indien de bestuurder werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst (art. 7:661 BW) of als opdrachtnemer indien de bestuurder werkzaam is op grond van een managementovereenkomst (art. 7:401 BW). De klachtplicht is wél van toepassing op contractuele aansprakelijkheid welke bestaat in de niet-nakoming van verbintenissen.

6. Betekenis voor de praktijk

Wat brengt het onderhavige arrest voor de praktijk mee? Het arrest is een bevestiging van (overwegingen uit) eerdere rechtspraak en standpunten in de literatuur waaruit volgt dat de klachtplicht niet van toepassing is op bestuurdersaansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW. De Hoge Raad heeft aldus verdere duidelijkheid gecreëerd over de in de rechtspraak en literatuur gestelde vragen of de klachtplicht in een dergelijke situatie toegepast kan worden. De Hoge Raad refereert hierbij uitdrukkelijk aan de bijzondere - rechtspersoonlijke - rechtsverhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon. De bestuurder kan tegenover de rechtspersoon niet succesvol het verweer voeren dat de rechtspersoon tijdig had moeten klagen. Het arrest is tevens voor medebestuurders relevant, aangezien de Hoge Raad overweegt dat het voorgaande ook voor hen geldt. Hoewel de Hoge Raad duidelijk maakt dat de klachtplicht niet van toepassing is op interne bestuurdersaansprakelijkheid, kan het onderhavige arrest ook als een reminder gezien worden dat tijdig klagen over een gebrekkige dienst of een gebrekkig product verstandig is. Dit laatste geldt ook voor situaties waarin het niet helemaal duidelijk is of sprake is van gebrekkig presteren of niet-presteren. Procespartijen kunnen het 'grijze gebied' van de kwalificatie van gebrekkige nakoming ten opzichte van niet-nakoming bovendien in hun voordeel benutten. Een schuldenaar kan er bijvoorbeeld belang bij hebben om zijn prestatie als gebrekkig te markeren, zodat daarop de klachtplicht van toepassing is.

Voetnoten

[1] Daniel Burgers is advocaat bij Legal8 te Houten.

[2] *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/432.

- [3] Resp. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4122 en HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:582.
- [4] Onder meer HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615 (*Lafranca/Forward*).
- [5] HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593 (*Far Trading/Edco Eindhoven*).
- [6] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600.
- [7] HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176.
- [8] J.J. Valk, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2020, nummer 2, Het toepassingsbereik van de klachtplicht.
- [9] HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531 (*Brocacef/Simons*).
- [10] HR 8 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:336.
- [11] Katan 2007, p. 46-47.
- [12] J.B. Huizink, *Onderneming en Financiering*, Aflevering 3, 2018, Bij bestuurdersaansprakelijkheid hoort geen klachtplicht.
- [13] HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164 (*Holterman c.s./Spies*).
- [14] Parket bij de HR 16 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:185.