

ANNOTATIE

Is er plaats voor de klachtplicht (artikel 6:89 BW) bij personenschade?

J.G. Keizer

Annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland, 12-04-2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2008 (PS-2017-0468, AR-2017-0633)

De kantonrechter overweegt dat de klachtplicht (artikel 6:89 BW) ook van toepassing is bij gestelde schending van artikel 7:658 BW, maar concludeert dat van een schending van de klachtplicht geen sprake is.

Volgens artikel 6:89 BW kan de schuldenaar op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, als hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar tegen de gebrekkige prestatie heeft geprotesteerd. Een geslaagd beroep op schending van de klachtplicht leidt tot verval van recht. In deze annotatie wordt ingegaan op de betekenis van de klachtplicht voor personenschade in bredere zin.

1. Casus

Een werknemer loopt op 31 oktober 2012 tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden ernstige brandwonden op aan zijn linkerhand en linkeronderarm. De Inspectie SZW doet onderzoek en hoewel de inspectie opmerkt dat de toedracht niet geheel duidelijk is geworden, legt zij de werkgever toch een boete op, waartegen de werkgever vervolgens bezwaar aantekent. Dit bezwaar wordt op 17 december 2013 gegrond verklaard. De werknemer heeft de werkgever op 30 april 2015 – dus tweeënhalf jaar na het ongeval – aansprakelijk gesteld. De werkgever stelt dat de werknemer hierdoor zijn in artikel 6:89 BW neergelegde klachtplicht heeft geschonden, en dat het vorderingsrecht van de werknemer daarom is vervallen. De werkgever stelt dat zij door het tijdsverloop van tweeënhalf jaar in haar bewijspositie is geschaad, omdat de bedrijfslocatie waar het ongeval had plaatsgevonden inmiddels aan een

derde is verkocht. De werknemer stelt dat artikel 6:89 BW alleen van toepassing is op verbintenissen tot het geven van zaken of het verrichten van diensten. De kantonrechter overweegt (r.o. 4.2):

‘De kantonrechter gaat ervan uit dat deze klachtplicht [6:89 BW, JGK] ook van toepassing is op situaties waarin personenschade is ontstaan tijdens werkzaamheden waarop een arbeidsovereenkomst van toepassing is. De Hoge Raad heeft in haar arrest van 8 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY4600) immers overwogen dat dit artikel van toepassing is op “alle verbintenissen”.’

Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de Kantonrechter Den Haag in zijn vonnis van 3 februari 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:921) en in zijn vonnis van 17 april 2013 (JA 2013/114, m.nt. Dufour), waarbij de kantonrechter overwoog dat de zorgplicht van de werkgever resulteert in verbintenissen jegens de werknemer. In al deze uitspraken wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 (NJ 2014/497, m.nt. J. Hijma (*Van der Steeg/Rabobank*)). In dit arrest overwoog de Hoge Raad onder andere: ‘Art. 6:89 BW is van toepassing op alle verbintenissen, waaronder ook die uit beleggingsadviesrelaties (vgl. voor dit laatste HR 11 juni 2010, LJN BL8297, NJ 2010/331, Kortenhorst/van Lanschot).’

2. Ratio en toepassing artikel 6:89 BW

De ratio van artikel 6:89 BW is dat de schuldenaar moet worden beschermd tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten (*GS Verbintenissenrecht*, art. 6:89 BW, aant. 2.2 en Asser/Sieburgh 6-I 2016/408). Een geslaagd beroep op de klachtplicht heeft voor de eiser verstrekken gevolgen. Diens vordering komt daardoor te vervallen en is derhalve niet meer in rechte afdwingbaar (Asser/Sieburgh 6-I 2016/408f). De termijn waarbinnen op grond van artikel 6:89 BW geklaagd moet worden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, en bewust opengelaten (HR 29 juni 2007, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*), waarin de Hoge Raad voor de bijzondere klachtplicht van artikel 7:23 BW overwoog: ‘Een vaste termijn kan daarbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.’ In zijn arrest van 8 februari 2013 (NJ 2014/497, m.nt. J. Hijma (*Van der Steeg/Rabobank*)) verwijst (r.o. 4.2.3) de Hoge Raad voor de uitleg van artikel 6:89 BW uitdrukkelijk naar het arrest *Pouw/Visser*).

Bij ieder individueel beroep op de klachtplicht moet dus een belangenafweging plaatsvinden, waarbij onder andere de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de prestatie en het gebrek een rol spelen, alsmede de waarneembaarheid van het gebrek, de deskundigheid van partijen, de onderlinge verhouding van partijen en de aanwezige juridische kennis (o.a. HR 8 oktober 2010, NJ 2010/545 (*Tan/Forward*), HR 8 februari 2013, NJ 2014/497 (*Van der Steeg/Rabobank*) en HR 12 december 2014, NJ 2017/163, m.nt. Asser (*Far Trading/Edco*)). Daarnaast komt bij de

belangenafweging, vanwege het ingrijpende gevolg (verval van recht) van artikel 6:89 BW voor de schuldenaar, met name veel gewicht toe aan de vraag of de schuldenaar door het tijdsverloop nadeel lijdt, waarbij de Hoge Raad heeft overwogen dat als van belangenbenadeling geen sprake is, een beroep op (schending van) de klachtplicht niet snel zal slagen (HR 25 maart 2011, *NJ* 2013/5 (*Ploum/Smeets II*) en HR 8 februari 2013, *NJ* 2014/497 (*Van der Steeg/Rabobank*)).

Te lang wachten met het instellen van een vordering kan tot verlies van (vorderbare) schadeclaims leiden, en daarmee vertoont artikel 6:89 BW dus gelijkenissen met het leerstuk van verjaring. Verjaring strekt immers ook mede ter bescherming van de bewijspositie van de aansprakelijk gestelde partij. Daar waar verjaring ook mede de rechtszekerheid beoogt te bevorderen, is die rechtszekerheid door de open termijn en afhankelijkheid van de omstandigheden van ieder individueel geval bij de klachtplicht mijns inziens ver te zoeken (zie ook J.L. Smeehuijzen, 'Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is', *WPNR* 2013/6988, waarin hij onder paragraaf 3.2.3. de 'rechtszekerheidzwakte van de klachtplicht' bespreekt). Door die open termijn doet zich de bijzondere situatie voor dat een aanspraak op grond van de klachtplicht niet meer in rechte kan worden afgedwongen, nog voordat die aanspraak volgens de wettelijke verjaringsregels is verjaard.

3. Klachtplicht van toepassing bij personenschade?

Van Emden en De Haan (E.A.L. van Emden & M. de Haan, 'Klachtplicht ook bij (zuivere) onrechtmatige daad?', *AV&S* 2013/11) hebben met verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad van 23 november 2007 (*NJ* 2008/552) en 8 februari 2013 (*NJ* 2014/497, m.nt. J. Hijma (*Van der Steeg/Rabobank*)) betoogd dat artikel 6:89 BW ook van toepassing is op aanspraken voortvloeiende uit de algemene aansprakelijkheidsgrondslag van artikel 6:162 BW, nu in die situatie ook een verbintenis (uit de wet) ontstaat. In zijn arrest van 23 november 2007 (*NJ* 2008/552) overwoog de Hoge Raad weliswaar dat de klachtplicht ook van toepassing is op een onrechtmatige daad, maar dan voor zover de onrechtmatige daad wordt gegrond op het niet-beantwoorden aan de (overeengekomen) prestatie. Omdat in de wettekst van artikel 6:89 BW uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan 'een gebrek in de prestatie', moet er dus wel sprake zijn van een prestatie, wil het artikel toepassing vinden. Smeehuijzen betoogt daarom met recht dat artikel 6:89 BW dus niet van toepassing is op de zuivere onrechtmatige daad, want bij een zuivere onrechtmatige daad is er geen prestatie (*WPNR* 2013/6988, p. 744). Tot diezelfde conclusie komt ook Sieburgh (*Asser/Sieburgh* 6-I 2016/408e: 'Als een vordering uit onrechtmatige daad berust op andere feiten dan het niet beantwoorden van de prestatie aan de verbintenis is geen sprake van samenloop met wanprestatie. Artikel 6:89 BW is dan niet van toepassing'). Dat bij zorgplichtschendingen verbintenissen (tot vergoeding van schade)

ontstaan, is voor toepassing van artikel 6:89 BW dus niet voldoende.

Het is mijns inziens logisch om datzelfde dan door te trekken naar de meeste risicoaansprakelijkheden, omdat ook daarbij de aansprakelijkheid in beginsel wordt gegrond op een onrechtmatige gedraging van een ander waarvoor men kwalitatief aansprakelijk is, of op een gebrek in een (on)roerende zaak, en niet op het niet beantwoorden van een prestatie aan de verbintenissen. Tot die conclusie kwam ook het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn arrest van 17 mei 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2016:1938), waarbij het hof de vraag of artikel 6:89 BW van toepassing is bij een op artikel 6:179 en 6:181 BW gebaseerde vordering als volgt ontkennend beantwoordde:

‘Het beroep van Caprice op schending van de klachtplicht zoals bedoeld in art. 6:89 BW berust naar het oordeel van het hof op een onjuiste rechtsopvatting. De plicht om binnen bekwame tijd te klagen bestaat uitsluitend wanneer een benadeelde – appellante in dit geval – een beroep doet op een gebrek in een prestatie. Appellante doet echter geen beroep op een gebrekkige prestatie aan de zijde van Caprice, maar spreekt Caprice aan op de risicoaansprakelijkheid die is neergelegd in de artt. 6:179 en 6:181 BW en in zoverre is door Caprice geen prestatie verricht ten gunste van appellante. Artikel 6:89 BW mist in dit geval dus toepassing.’

Hoewel bij productaansprakelijkheid de aansprakelijkheid in de regel wordt gebaseerd op een gebrek in de geleverde prestatie (het product), is artikel 6:89 BW daarop mijns inziens evenmin van toepassing, omdat ook in die gevallen in de regel tussen de aansprakelijke partij (de producent) en de eiser geen voorafgaande verbintenis is ontstaan. Deze ontstaat immers tussen de eiser en de verkoper van het product, maar die verkoper is op grond van artikel 7:24 BW in beginsel niet aansprakelijk voor personenschade als gevolg van een gebrekkig product in de zin van artikel 6:185 BW. Voor de relatie verkoper en consument is een bijzondere klachtplicht in artikel 7:23 BW opgenomen.

Op buitencontractuele relaties is artikel 6:89 BW dus niet van toepassing, omdat de grondslag voor aansprakelijkheid daarbij niet berust op een gebrek in een prestatie.

Personenschade kan ook voortvloeien uit een gestelde tekortkoming (prestatie) in contractuele relaties, waarbij met name gedacht kan worden aan een schending van de zorgplicht door de werkgever (artikel 7:658 BW) en een tekortkoming in de uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst (artikel 7:453 BW). Verder kan gedacht worden aan de regeling inzake personenvervoer (artikel 8:105 BW) en de (pakket)reisovereenkomst (artikel 7:507 e.v. BW).

In de beschikbare rechtspraak (zie de hier geannoteerde uitspraak van Rb. Midden-Nederland

12 april 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2008 en de hiervoor genoemde uitspraken van Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:921 en 17 april 2013, JA 2013/114, m.nt. Dufour over werkgeversaansprakelijkheid, en het arrest van Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2503 over medische aansprakelijkheid) en literatuur over de relatie tussen klachtplicht en personenschade (zie o.a. Y. Waterman, 'Klachtplicht en verjaring', *Handboek Personenschade 2020.4.8*; M.S.E. van Beurden, 'De klachtplicht van artikel 6:89 BW en letselschade', *PIV-Bulletin* 2013, p. 15 t/m 18 en J.L. Smeehuijzen, 'Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is', *WPNR* 2013/6988) wordt als haast vanzelfsprekend aangenomen dat de klachtplicht ook van toepassing is op deze contractuele relaties. Omdat de Hoge Raad nu eenmaal heeft overwogen dat de klachtplicht van toepassing is op 'alle verbintenissen', lijkt die conclusie ook logisch, nu tussen een werkgever en werknemer en arts en patiënt ontegenzeggelijk verbintenissen bestaan (hetzelfde geldt voor de vervoerder c.q. reisorganisator en reiziger). Toch vraag ik mij af of het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 daadwerkelijk zo ruim mag worden geïnterpreteerd, en of daaronder daadwerkelijk alle verbintenissen vallen, ook die bijzondere verbintenissen waarvoor de wetgever in het Burgerlijk Wetboek afzonderlijke wettelijke bepalingen heeft opgenomen. Voor het terrein van personenschade geldt dat in het bijzonder voor de eerdergenoemde arbeidsovereenkomst, de geneeskundige behandelingsovereenkomst en ook de overeenkomst van personenvervoer en (pakket)reizen (waarbij voor laatstgenoemde regelingen geldt dat ze zijn gebaseerd op Europese regelgeving, waarbij in een bijzonder verjaringsregime is voorzien). In die regelingen zijn bijzondere bepalingen opgenomen die de positie van de benadeelde met personenschade beogen te beschermen, waarbij die bescherming verder reikt dan de bepalingen die de 'gewone' schuldenaar beschermen. Zo kent het arbeidsrecht in artikel 7:658 BW niet alleen een specifiek omschreven zorgplicht met een bijzondere verdeling van bewijslast, maar ook specifieke regels over beëindiging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Volgens de wetgever is de arbeidsovereenkomst een bijzonder type verbintenis, die aldus een aparte afdeling in het Burgerlijk Wetboek verdient. In dat licht bezien lijkt mij de conclusie dat de Hoge Raad daadwerkelijk beoogd heeft om de klachtplicht ook van toepassing te laten zijn op deze bijzondere verbintenissen te voorbarig, nu de ene verbintenis kennelijk de andere niet is. Die constatering lijkt mij voor de vraag of artikel 6:89 BW daadwerkelijk toepasbaar is bij personenschade relevant, ook al omdat de Hoge Raad zich over die relatie nog niet expliciet heeft uitgelaten.

Een andere reden om niet aanstonds aan te nemen dat de klachtplicht zonder meer van toepassing is op contractuele relaties waarbinnen personenschade wordt gevorderd, is gelegen in het spanningsveld dat bestaat tussen de klachtplicht en het verjaringsrecht. Het veronderstelde onbeperkte toepassingsbereik van artikel 6:89 BW op contractuele relaties dat

uit de Hoge Raad-arresten van 8 februari 2013 zou voortvloeien is onder andere uiterst kritisch besproken door Smeehuijzen in zijn artikel met de veelzeggende titel 'Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is' (WPNR 2013/6988, p. 741 t/m 751). Smeehuijzen stelt dat een universele toepassing van artikel 6:89 BW in strijd is met de wil van de wetgever, omdat het wettelijke verjaringsregelingen opzij kan zetten:

'Niet goed denkbaar is immers, dat de wetgever contractenrechtelijke verjaringsregels in het leven heeft willen roepen die wegens het ongelimiteerde toepassingsbereik van de klachtplicht feitelijk betekenisloos zijn. Zo kort en eenvoudig als die constatering is, zo groot is denk ik haar belang.'

Voor personenschade geldt dit mijns inziens des te meer, nu daarvoor in artikel 3:310 lid 5 BW in een specifieke verjaringsbepaling is voorzien, waarbij de wetgever uitdrukkelijk het belang van de aansprakelijk gestelde partij bij bescherming van zijn bewijspositie heeft afgewogen tegen het belang van de benadeelde om zijn schade nog in rechte te kunnen afdwingen. In de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2001/02, 26824, 128*) heeft de wetgever bij de invoering van artikel 3:310 lid 5 BW namelijk overwogen:

'De huidige wetgeving is het resultaat van een belangenafweging. Tegenover het belang van het slachtoffer om een hem toekomende vordering te gelde te kunnen maken, staat het belang van de schuldenaar om niet tot in lengte van jaren met een rechtsvordering te worden geconfronteerd. Daarbij is tevens voor deze laatste van belang dat het voor hem steeds moeilijker wordt om (tegen)bewijs te leveren en dat hij zich genoodzaakt ziet voor een lange termijn bewijsstukken te bewaren en verzekeringsdekking in stand te houden. Een hernieuwde afweging in het licht van bovenstaande leidt ertoe dat deze bezwaren aan de zijde van de gedaagde waar het gaat om schade ten gevolge van lichamelijk letsel of overlijden (hierna kortheidshalve aangeduid als "personenschade") niet opwegen tegen de onbillijkheid van de uitkomst van de huidige wet.'

De vraag is dus gerechtvaardigd in hoeverre de wetgever (en ook de Hoge Raad) daadwerkelijk heeft willen beogen dat de klachtplicht – die in afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW over het *algemene* verbintenissenrecht is opgenomen – voor *bijzondere* verbintenissen de *specifiek* op personenschade toepasselijke regel van artikel 3:310 lid 5 BW opzij kan zetten. Dat geldt des te meer nu ook bij het ontwerp van artikel 3:310 lid 5 BW de bescherming van de bewijspositie van de gedaagde partij is meegewogen, waarbij de wetgever er welbewust voor heeft gekozen dat die positie met een termijn van vijf jaar voldoende beschermd is. Zo bezien zou voor personenschade artikel 3:310 lid 5 BW bij contractuele relaties als een specialis ten opzichte van artikel 6:89 BW kunnen worden beschouwd. Naar mijn mening moet die vijfjaarstermijn mede daarom doorslaggevend zijn voor de vraag of een benadeelde zijn

vordering nog te gelde kan maken, en niet de open termijn van artikel 6:89 BW.

Ten slotte werp ik de vraag op in hoeverre de uit artikel 6:89 BW voortvloeiende sanctie (verval van recht) zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 6 EVRM. Als de rechter oordeelt dat artikel 6:89 BW door de schuldeiser is geschonden, vindt een inhoudelijke beoordeling van diens aanspraak niet meer plaats. Zijn recht op toegang tot de rechter wordt daarmee beperkt. Beperkingen op artikel 6 EVRM zijn weliswaar mogelijk, maar daarvoor moet dan wel een legitiem doel bestaan. Rechtszekerheid wordt als een legitiem doel gezien waardoor bijvoorbeeld verjaringstermijnen niet worden gezien als een ongeoorloofde beperking van het recht op toegang tot de rechter (zie o.a. EHRM 7 juli 2009, nr. 1062/07 (*Stagno/België*) en EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 (*Howald Moor/Zwitserland*)). Aan rechtszekerheid ontbreekt het bij artikel 6:89 BW echter, vanwege de open termijn. Bovendien moet per afzonderlijk geval beoordeeld worden of artikel 6:89 BW is geschonden en verval van recht (en daarmee effectieve toegang tot de rechter) dus op zijn plaats is. Daarmee kan ook de vraag gesteld worden of bij een geslaagd beroep op artikel 6:89 BW wel voldaan wordt aan het algemene beginsel dat bij een beperking van het EVRM sprake moet zijn van kenbaarheid (*accessibility*) en voorzienbaarheid (*foreseeability*) van de beperkingsgrondslag (EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, *NJ 1980/146 (Sunday Times/VK)*), temeer omdat de klachtplicht aldus kan bewerkstelligen dat een vordering niet meer afdwingbaar is voordat de (kenbare en voorzienbare) wettelijke verjaringstermijn is verlopen. Bij personenschade is die vraag des te meer relevant, aangezien het EHRM beperkingen aan het recht op toegang tot de rechter bij inbreuken op de lichamelijke integriteit (nog) streng(er) toetst (o.a. EHRM 17 december 2013, nr. 59601/09 (*Eşim/Turkije*) en EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 (*Howald Moor/Zwitserland*)). De vraag hoe artikel 6:89 BW zich verhoudt tot artikel 6 EVRM is in de literatuur nog nauwelijks besproken, maar ik meen dat ook in artikel 6 EVRM een argument kan worden gevonden om de klachtplicht niet van toepassing te laten zijn als sprake is van (gevoerde) personenschade.

4. Als de klachtplicht wel toepasselijk is bij personenschade, is de praktische betekenis daarvan beperkt

Als we ervan uitgaan dat aan de klachtplicht bij personenschade die uit contractuele relaties voortvloeit wel betekenis toekomt, dan zal de praktische betekenis in de zin van een honorabel beroep op artikel 6:89 BW door de daarbij te maken belangenafweging mijns inziens beperkt zijn. In de beschikbare rechtspraak waarin bij personenschade de klachtplicht wel werd toegepast, ben ik slechts één uitspraak tegengekomen waarbij het beroep op de klachtplicht door de rechter ook daadwerkelijk werd gehonoreerd (Rb. Den Haag 17 april 2013, JA 1013/114, m.nt. Dufour, die (m.i terecht) betoogt dat dit oordeel onbegrijpelijk is). In de andere uitspraken werd het beroep telkens afgewezen op grond van de bijzondere verhouding

tussen partijen, de aard van de geschonden prestatie en het ingrijpende gevolg van een geslaagd beroep op de klachtplicht (o.a. de geannoteerde uitspraak van Rb. Midden-Nederland 12 april 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2008 (r.o. 4.4), Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:921 (r.o. 5.10) en Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2503 (r.o. 4.8)).

Bij contractuele relaties waarbinnen personenschade kan ontstaan zal vaak sprake zijn van een professionele partij (werkgever, arts) versus een natuurlijk persoon (werknemer, patiënt), waarbij tussen een werkgever en werknemer dan ook nog eens een afhankelijkheidsrelatie (werknemer is voor zijn inkomen immers afhankelijk van zijn werkgever, waardoor veel werknemers terughoudend zijn om die werkgever aansprakelijk te stellen) en wettelijke gezagsverhouding geldt (de werkgever bepaalt immers onder andere waar de arbeid verricht moet worden). De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 8 februari 2013 (*NJ* 2014/497, m.nt. J. Hijma (*Van der Steeg/Rabobank*)) overwogen dat bij dergelijke verhoudingen niet te snel kan en mag worden geoordeeld dat de klachtplicht is geschonden:

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

Ook bij medisch aansprakelijkheid zal het voor de patiënt niet altijd van aanvang duidelijk zijn dat medisch verwijtbaar is gehandeld (fout gegaan is niet automatisch fout gedaan). Ten aanzien van de aanvang van een verjaringstermijn heeft de Hoge Raad (HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112 (*Saelman/AZVU*)) al overwogen dat het enkele vermoeden van een fout die termijn niet doet aanvangen. Voor beroepsziekten heeft de Hoge Raad eveneens overwogen dat het enkele vermoeden van schade niet voldoende is om van de benadeelde te verwachten dat hij in het kader van verjaring tijdig (rechts)actie onderneemt (HR 24 januari 2003, *NJ* 2003/300 (*BASF/Rensink*)). Eenzelfde redenering zal mijns inziens dan in het algemeen ook bij een beroep op de klachtplicht moeten gelden.

Bij werkgeversaansprakelijk zal ook de aard van de prestatie (zorgen voor een veilige werkplek) tot terughoudendheid voor een geslaagd beroep op artikel 6:89 BW moeten nopen.

Bij werkgeversaansprakelijkheid bestaat het gebrek immers uit een (gestelde) schending van een wettelijk verankerde specifieke zorgplicht (artikel 7:658 BW en artikel 3 Arbeidsomstandighedenwet)

Bij klassieke arbeidsongevallen waarbij sprake is van ernstig letsel of dodelijke verwondingen rust op de werkgever zelfs een wettelijke onderzoeksplicht (artikel 9 Arbeidsomstandighedenwet), waarmee de plicht om bewijs veilig te stellen dus primair op de werkgever rust, en hij dus ook niet snel aan de werknemer kan verwijten dat hij door tijdsverloop in een lastige bewijspositie is komen te verkeren. Het zwaarder laten wegen van de lastige bewijspositie van de werkgever ten nadele van de werknemer zou ook geweld aandoen aan de ratio van artikel 7:658 BW, namelijk om de werknemer door verlichting van zijn processuele positie bescherming te bieden tegen de risico's van schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden (HR 25 mei 2007, NJ 2008/463 (*Van den Heuvel/Leger des Heils*)). Daarbij heeft de Hoge Raad nog eens uitdrukkelijk overwogen dat niet te snel mag worden geoordeeld dat de werkgever heeft voldaan aan het door hem te leveren bewijs dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan (o.a. HR 11 november 2011, NJ 2011/598 (*Rooyse Wissel*)). Dat een werkgever in een lastige bewijspositie verkeert, is dus inherent aan de keuzes die wetgever en Hoge Raad bij de inkleding van artikel 7:658 BW hebben gemaakt, en die enkele omstandigheid mag dus niet te snel leiden tot de conclusie dat de klachtplicht door de werknemer is geschonden, en hij zijn aanspraken niet meer te gelde kan maken.

Omdat de opsomming van mee te wegen omstandigheden bij de uitleg van artikel 6:89 BW door de Hoge Raad niet limitatief is geweest, zal bij personenschade ook veel betekenis moeten toekomen aan de bijzondere aard van personenschade. Niet alleen neemt personenschade in het recht ten opzichte van zuivere zaakschade een bijzondere positie in, maar alleen al met het behandel- en herstelproces bij letselschade gaat veel tijd gepaard, waarbij pas na langere tijd duidelijk wordt of sprake is van blijvend letsel en/of blijvende arbeidsongeschiktheid, waarbij bijvoorbeeld de werknemer voor dat herstel (re-integratie) ook mede afhankelijk kan zijn van de (aansprakelijke) werkgever. Ook dit maakt dat de benadeelde de tijd moet worden gegund om te bepalen of het aansprakelijk stellen van een ander voor dat letsel wel opportuun is, waardoor een beroep op de klachtplicht – zo dat daadwerkelijk mogelijk zou zijn bij personenschade – terughoudend moet worden beoordeeld.

Als de klachtplicht op aan personenschade gerelateerde contractuele relaties al van toepassing zou zijn, dan meen ik dat de te maken belangenafweging vanwege het verstrekkende gevolg van een geslaagd beroep (verval van iedere schadeaanspraak) slechts dan in het voordeel van de aansprakelijk gestelde partij kan uitvallen, indien die partij door toedoen van de benadeelde in een welhaast onmogelijke bewijspositie komt te verkeren, zoals in het

Pekingenden-arrest (HR 5 april 1968, NJ 1968/251, m.nt. GJS), waarbij de ontvanger van een partij pekingenden pas klaagde over de non-conformiteit van deze partij, nadat hij deze partij al had laten vernietigen. Dit arrest heeft aan de basis gestaan van artikel 6:89 BW (Smeehuijzen, *WPNR* 2013/6988).

5. Conclusies

Op buitencontractuele relaties is de klachtplicht mijns inziens niet van toepassing. Ik meen daarnaast dat het bijzondere karakter van de contractuele relaties waarbinnen personenschade kan optreden (werkgeversaansprakelijkheid, medische aansprakelijkheid, aansprakelijkheid van de vervoerder en reisorganisator) zich in zijn algemeenheid verzetten tegen toepassingen van artikel 6:89 BW, omdat de schuldenaar door artikel 3:310 lid 5 BW al voldoende in zijn bewijspositie beschermd wordt bij vorderingen die na enige tijd worden ingediend. De vraag is ook in hoeverre artikel 6:89 BW vanwege de 'open termijn' zich verhoudt tot artikel 6 EVRM. Door de belangenafweging die meebrengt dat onder andere moet worden gekeken naar de verhouding tussen partijen, de aard van het gebrek (wettelijke zorgplichten) en de aard van de schade, is de uiteindelijke praktische betekenis van artikel 6:89 BW ook beperkt, omdat een beroep op dat artikel niet snel zal slagen.

De vraag of een slachtoffer met personenschade na verloop van enige tijd nog recht heeft op vergoeding van zijn schade moet naar mijn mening uitsluitend beoordeeld worden binnen de wettelijke kaders van de verjaringsregels die daarvoor uitdrukkelijk door de wetgever zijn aangewezen en de naar aanleiding daarvan ontwikkelde rechtspraak van de Hoge Raad.