

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Wie niet komt klagen, wordt overgeslagen

Een beschouwing over de klachtplicht van de crediteur ex art. 6:89 en 7:23 BW aan de hand van recente richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad

*Martijn van Kogelenberg**

*Published in
WPNR 6733 (2007), p. 1005-1013.*

* promovendus Erasmus Universiteit Rotterdam

“Wie niet komt klagen, wordt overgeslagen”¹

Een beschouwing over de klachtplicht van de crediteur ex art. 6:89 en 7:23 BW aan de hand van recente richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad

Inleiding

Het contractenrecht eist van de teleurgestelde contractant die van zijn wederpartij genoegdoening wenst voor een niet naar behoren geleverde prestatie dat hij hierover tijdig klaagt. Deze klachtplicht kan de wanpresterende debiteur goed van pas komen, wanneer de crediteur zich niet van zijn plicht kwijt. De debiteur hoeft niet lang te wachten om dit verweer in stelling te kunnen brengen. Als de debiteur zich op de rechtsgevolgen van het verzaken van de klachtplicht beroept, zijn de consequenties voor de crediteur rigoureuus. Art. 6:89 BW stelt dat alle rechten en bevoegdheden van de crediteur vervallen indien niet tijdig geklaagd wordt over een gebrek in de prestatie. De verwante specialis, art. 7:23 BW, hanteert soortgelijke bewoordingen. Wordt de soep werkelijk zo heet gegeten? Het heeft bijna 15 jaar geduurd alvorens de Hoge Raad gelegenheid kreeg om de klachtplicht verwoord in de artikelen 6:89 en 7:23 BW te voorzien van richtinggevende jurisprudentie. De Hoge Raad heeft zich de afgelopen twee jaar in een reeks van arresten over deze bepalingen uitgelaten.² Ook in de doctrine is dit onderwerp meer gaan leven.³ Sinds het laatste artikel is verschenen heeft de Hoge Raad inmiddels nog drie arresten gewezen.⁴

¹ Met dank aan prof. mr S.D. Lindenbergh en prof. mr W.H. van Boom voor hun opmerkingen bij een eerdere versie.

² HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 408 (WRA/Oldenhoeck); HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 634 (Am-sing/Dijkstra Post); HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser); HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 176 (Brocacef/FGC); HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272 (Inno/Sluis); HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80 (Robinson/Molenaar). Het enige minder recente arrest van belang met betrekking tot art. 6:89 BW is het arrest HR 11 mei 2001, *NJ* 2001, 410 (Luttikhuis/Ridgefield). Over artikel 6:89 BW is tot voor kort ook weinig rechtspraak in lagere instanties verschenen. Artikel 7:23 BW heeft meer uitspraken opgeleverd, maar een echte opleving is pas de laatste jaren zichtbaar. Zie bijvoorbeeld; Hof 's-Gravenhage 24 mei 2007, *NJF* 2007, 339; Hof 's-Gravenhage 25 april 2007, *NJF* 2007, 288, Hof Arnhem 3 april 2007, *NJF* 2007, 257; Rb. Groningen 14 februari 2007, *NJF* 2007, 343.

³ B.M. Katan, “De ondergrens van art. 6:89 BW”, *Contracteren* 2007-2, p. 45-48; C.R. Christiaans, “Verlies van rechten door niet tijdig protesteren: art. 6:89 BW is niet van toepassing indien geheel niet is gepresteerd: HR 23 maart 2007, C05/284HR (Brocacef/FGC)”, *MvV* 2007-4, p. 78-

In samenhang gezien biedt dit materiaal aanleiding voor de volgende twee nauw verbonden vragen: Hoe sterk is het verdedigingswapen van de debiteur in de vorm van de artikelen 6:89 en 7:23 BW en is dat wapen dan steeds allesvernietigend?

Bij de beantwoording van deze vragen komt een aantal deelvragen aan de orde. Eerst zal kort worden ingegaan op de term *klachtplicht* en de consequenties van het gebruik van die term, ook voor de vraag of deze klachtplicht ambtshalve kan worden toegepast. Vervolgens wordt onderzocht voor wie de klachtplicht geldt, in welke gevallen de crediteur zal moeten klagen over een gebrekkige prestatie, wanneer de klachttermijn begint te lopen en hoe lang de crediteur de tijd heeft om te klagen. Op grond daarvan zal een evaluatie plaatsvinden van de sterke en zwakke punten voor de debiteur bij het beroep op het verzaken van de klachtplicht.

Twee voorvragen: terminologie en ambtshalve toetsing

Art. 6:89 BW luidt:

“De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.”

Art. 7:23 lid 1, eerste zin, luidt:

“De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven.”

80; R.P.J.L. Tjittes, “De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties”, *RM Themis* 2007-1, p. 15-25.

⁴ HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 408 (WRA/Oldenhoek); HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 634 (Amsing/Dijkstra Post); HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser).

Art. 7:23 lid 1 BW is duidelijk een specialis van art. 6:89 BW. De artikelen zijn op dezelfde wijze opgebouwd. Art. 7:23 BW is echter toegesneden op de koopovereenkomst en meer in het bijzonder op de non-conformiteitsbepaling van art. 7:17 BW. Wanneer sprake is van een gebrek in de prestatie dan wel van een non-conforme levering dient de crediteur te klagen.

Alvorens in te gaan op de vraag wanneer de klachtplicht voor de crediteur geldt, zijn twee preliminaire opmerkingen relevant.

Ten eerste wordt vaak kortweg de term *klachtplicht* gehanteerd als weergave van de inhoud van art. 6:89 en 7:23 BW. Hijma wijst erop dat daar niets mis mee is, zolang wel duidelijk is, dat de plicht van de crediteur om te klagen “secundair” is.⁵ Daarmee wordt bedoeld dat de crediteur alleen in zijn eigen vinger snijdt indien hij zijn plicht om te klagen verzaakt. Hij verliest zijn eigen rechten en bevoegdheden. Voldoen aan het vereiste van de klachtplicht is dus een *Obliegenheit*, een plicht in oneigenlijke zin. Daarnaast is de term *klachtplicht* eigenlijk niet volledig. Gezien de bewoordingen van de beide artikelen gaat het in beginsel⁶ eerst om een onderzoeksplicht naar de kwaliteit van de prestatie dan wel de afgeleverde zaak. Daarna dient, indien dit onderzoek ongunstig uitvalt voor de debiteur, dit aan hem te worden medegedeeld. Het gaat dus zowel om een onderzoeks- als om een mededelingsplicht.

De tweede opmerking betreft direct een belangrijke mogelijke beperking van de toepasselijkheid van de artikelen 6:89 en 7:23 BW. Ten aanzien van art. 6:89 BW heeft de Hoge Raad in het arrest *Robinson/Molenaar* geoordeeld dat dit artikel niet ambtshalve mag worden toegepast.⁷ Dit betekent dat de debiteur, die zich niet met zoveel woorden beroept op de klachtplicht van de crediteur, niet door de rechter in het zadel kan worden geholpen. De Hoge Raad is expliciet in zijn bewoordingen, maar geeft geen motivering

⁵ J. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. I. Bijzondere overeenkomsten*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 2001, nr. 543.

⁶ Wanneer het criterium van “feitelijke ontdekking” wordt aangehouden – bijvoorbeeld bij een consumentenkoop (art. 7:23 lid 1 BW derde zin) – is het echter hoogst onzeker of van een onderzoeksplicht kan worden gesproken.

⁷ HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80 (*Robinson/Molenaar*).

voor zijn oordeel. Ook in de parlementaire geschiedenis is hierover geen expliciete informatie te vinden. Dit oordeel heeft dan ook tot meningsverschillen geleid tussen verscheidene auteurs.⁸ Volgens Bakker verbiedt de Hoge Raad ambtshalve toetsing van art. 6:89 en 7:23 BW niet principieel, maar slechts indien tegelijkertijd ook de feitelijke grondslag wordt aangevuld.⁹

Tjittes denkt daar anders over. Volgens hem bevatten de artikelen 6:89 en 7:23 BW wel vervaltermijnen met sterke werking in die zin dat het recht, waarover niet tijdig wordt geklaagd, vervalt, maar geen wettelijke vervaltermijnen van openbare orde.¹⁰ Tjittes ziet daarom wel een principiële afwijzing van ambtshalve toetsing in het arrest *Robinson/Molenaar*. Deze term zou niet van processuele aard en openbare orde zijn, omdat deze slechts tussen partijen geldt. Een extra argument daarvoor is mijns inziens dat de bepalingen 6:89 en 7:23 BW (de laatste voor zover geen sprake is van consumentenkoop) van regeland recht zijn. Het zou onlogisch zijn als de in de artikelen vervatte termijn van openbare orde - en daarom vatbaar voor ambtshalve toetsing - zou zijn, terwijl er wel contractueel van kan worden afgeweken. Het mag duidelijk zijn, dat in het geval van contractuele afwijking hoe dan ook een expliciet beroep op de desbetreffende clause noodzakelijk is om deze werking te geven.

Het argument van Tjittes dat geen sprake zou zijn van een processuele termijn lijkt minder sterk. De term *processuele termijn* is niet gedefinieerd. Het is inderdaad waar dat in de artikelen 6:89 en 7:23 BW geen harde termijn genoemd is (zelfs niet voor de consumentenkoop in art. 7:23 lid 1 derde zin, al is daar wel een concrete termijn van twee maanden genoemd, maar dit is niet een harde grens). Het verstrijken van de termijn, dat wil zeggen wanneer niet “binnen bekwame tijd” is geklaagd, heeft echter wel degelijk processuele consequenties. De vorderingsrechten op basis van het gebrek, waarover geklaagd had moeten worden, vervallen en de crediteur wordt in zijn vordering niet ont-

⁸ P.S. Bakker, “Ambtshalve toepassing van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW”, *MvV* 2006-4, p. 71-75; N.W.A. Tolenaar, “Beschouwingen over de artikelen 6:89 en 7:23 BW in het bijzonder bij aandelenkoop”, *NTBR* 2005-9, p. 435-442. Anders: Tjittes a.w., p. 15-25.

⁹ Bakker a.w., p. 74.

¹⁰ Tjittes a.w., p. 17.

vankelijk verklaard. In die zin zijn de termijnen wel processueel van belang. Het is echter niet duidelijk, waarom deze termijnen dan ambtshalve zouden moeten worden toegepast.

Of deze discussie van groot praktisch belang is, is de vraag. Zelfs als uit het arrest *Robinson/ Molenaar* geen principieel verbod op ambtshalve toepassing mag worden afgeleid, zal de debiteur alle feiten en het bijbehorende rechtsgevolg hebben moeten stellen om een geslaagd beroep op de klachtplicht mogelijk te maken. Het is uit het arrest immers in ieder geval duidelijk dat de rechter niet zonder duidelijke bedoeling van een der partijen zich op de klachtplicht te beroepen zelfstandig feiten mag plaatsen in de context van de klachtplicht. In het genoemde arrest heeft Molenaar wellicht de noodzakelijke feiten om een geslaagd beroep op de klachtplicht te bewerkstelligen opgesomd, maar hij heeft deze feiten slechts gebruikt om te verweren tegen (gedeeltelijke) buitengerechtelijke ontbinding. Het hof heeft zelf deze feiten in de context van de klachtplicht en de rechtsgevolgen daarvan geplaatst. Dit mag niet van de Hoge Raad. Ambtshalve toepassing komt dan eigenlijk alleen in beeld, als de debiteur zich niet expliciet heeft beroepen op de klachtplicht, maar wel alle feiten die daarop gericht zijn en het bijbehorend rechtsgevolg, namelijk verval van rechten, heeft genoemd.

Kortom, dit arrest geeft een aanwijzing aan de debiteur en – dat is voor de rechtspraak wellicht belangrijker – ook aan zijn advocaat dat zij alert moeten zijn. De consequentie van een succesvol beroep op art. 6:89 of art. 7:23 BW is zo belangrijk voor de debiteur, dat een advocaat nalatig is als hij in zijn verweer in voorkomende gevallen geen beroep doet op deze bepalingen.

Voldoet de eiser aan de klachtplicht? Deel I

De vraag of de crediteur aan de klachtplicht voldoet, kan in twee vragen worden gesplitst. In welke gevallen moet de crediteur klagen en op welk tijdstip moet hij dat doen om zijn rechten en bevoegdheden niet te verliezen?

In welke gevallen moet de crediteur klagen?

De ratio van artikel 6:89 BW is de gedachte dat een schuldenaar erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenissen beantwoordt en dat deze, indien dit niet geval blijkt te zijn, dat, eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt.¹¹

Over de term *gebrek in de prestatie* laat de parlementaire geschiedenis bij art. 6:89 BW weinig tot niets los. De Hoge Raad heeft zich over de term *prestatie* slechts uitgelaten in het arrest *Luttikhuis/Ridgefield*.¹² Het hof had beslist dat de ontvanger zou moeten klagen over de factuur als deze volgens hem een gebrek vertoonde in de zin van art. 6:89 BW. De Hoge Raad oordeelt echter dat het opstellen en verzenden van een factuur niet valt onder het begrip *prestatie* zoals omschreven in art. 6:89 BW. Ook kan de klachttermijn in art. 6:89 BW niet gelijk worden gesteld met de betalingstermijn die genoemd is in de factuur. Het woord *gebrek* wordt niet verder toegelicht.

De discussie in de parlementaire geschiedenis over art. 7:23 BW spitst zich, evenals bij art. 6:89 BW, vooral toe op de vraag wanneer de crediteur moet klagen en hoe lang de termijn is waarbinnen hij zou moeten klagen. De klacht dient volgens het artikel te gaan over de non-conformiteit van de afgeleverde zaak. Twee zaken kunnen hieruit worden afgeleid. Ten eerste gaat het om een klacht over een feitelijk gebrek ten aanzien van de aard van de afgeleverde zaak. Het betreft dus geen rechtsgebrek zoals verwoord in art. 7:15 BW.¹³ Ten tweede zou uit de formulering kunnen worden afgeleid dat de klachtplicht zich niet uitstrekt over in het geheel niet afgeleverde zaken. In dat geval is namelijk niet te controleren of een zaak wel of niet conform is. Dit was minder duidelijk geweest als in art. 7:23 BW net als in art. 6:89 BW over *prestatie* was gesproken. Een niet uitgevoerde prestatie kan ook een ondeugdelijke prestatie zijn. Het is echter minder goed voorstelbaar dat een niet afgeleverde *zaak* ook als een non-conforme zaak kan worden beschouwd.¹⁴

¹¹ Parlementaire Geschiedenis Boek 6, TM, p. 316, 317.

¹² HR 11 mei 2001, *NJ* 2001, 410 (Luttikhuis/Ridgefield).

¹³ Wel zou art. 6:89 BW ook op rechtsgebreken kunnen slaan, hoewel hier ook kanttekeningen bij kunnen worden geplaatst; zie Asser-Hijma 2001 a.w., nr. 543.

¹⁴ Asser-Hijma 2001 a.w., nr. 543.

Gebrek in de prestatie: Hoge Raad biedt oplossing maar ook twee nieuwe problemen

Over de kwestie of onder de zinsnede *gebrek in de prestatie* in art. 6:89 BW alleen een ondeugdelijke prestatie of ook een in het geheel niet uitgevoerde prestatie wordt verstaan heeft de Hoge Raad zich uitgelaten in het arrest *Brocacef/FGC*. De Hoge Raad concludeert het eerste:

“Gelet op deze strekking (*van artikel 6:89 BW zoals hierboven vermeld in de PG, MvK*), 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”¹⁵

Gezien de uitleg van art. 7:23 lid 1 BW in de parlementaire geschiedenis is dit oordeel niet als een verrassing te beschouwen.¹⁶ Hoewel de regel die de Hoge Raad formuleert helder lijkt, geeft hij geen verdere motivering voor deze keuze behalve een verwijzing naar de bewoording van het artikel zelf. Het onderscheid tussen een ondeugdelijke en een achterwege gebleven prestatie is op het eerste gezicht helder. Toch roept het twee vragen op, die respectievelijk door Christiaans en Katan aan de orde zijn gesteld.¹⁷

Ten eerste rijst de vraag waarom precies dit onderscheid gemaakt is door de wetgever in het geval van art. 7:23 BW of door de Hoge Raad in het geval van art. 6:89 BW. Het kan immers best zijn dat een prestatie in het geheel niet is verricht doordat er bijvoorbeeld iets fout is gegaan met de post of de koeriersdienst. Dit mag wellicht voor risico van de debiteur komen, maar dat betekent nog niet dat hij weet dat er iets mis is gegaan. In dat geval lijkt het niet onredelijk dat de crediteur ook eerst klaagt over de niet ontvangen prestatie voordat hij juridische maatregelen treft. Christiaans geeft op deze vraag zelf twee antwoorden.

¹⁵ HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 176 (*Brocacef/FGC*).

¹⁶ In de conclusie merkt A-G Keus bovendien op dat een jaar eerder zijn collega Langemeijer al tot een dergelijke conclusie was gekomen. HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 176 (*Brocacef/FGC*), conclusie A-G Keus onder 2.16; HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80 (*Robinson/ Molenaar*) met conclusie A-G Langemeijer onder 2.22-2.24.

¹⁷ Christiaans a.w., p. 78-80; Katan a.w., p. 45-48.

Ten eerste is de cesuur tussen ondeugdelijke en afwezige prestatie in de praktijk bruikbaar.¹⁸ Ten tweede kan de debiteur problemen omtrent onzekerheid over wel of niet geleverde prestaties beperken of zelfs wegnemen door in het contract een duidelijk omschreven klachtplicht voor alle gevallen op te nemen. Art. 6:89 BW is immers van reglend recht evenals art. 7:23 BW, tenzij toegepast op een consumentenkoop.

Katan besteedt aandacht aan een verwant probleem; dit betreft het verschil tussen een ondeugdelijke prestatie en een gedeeltelijk achterwege gebleven prestatie. Die lijn is dun. Dat verschil kan worden bepaald door de vraag te beantwoorden of het achtergebleven gedeelte als een deel van de prestatie kan worden gezien of dat het gaat om los van elkaar staande verbintenissen. In het eerste geval geldt de klachtplicht wel, in het tweede niet. Volgens Katan moet niet te snel worden aangenomen dat het om losstaande verbintenissen gaat. Dit hangt af van de inhoud van de overeenkomst.¹⁹ De debiteur zal vaak denken dat de prestatie deugdelijk was als er niet gereclameerd wordt. Bevrijding van de klachtplicht is in deze gevallen dus niet spoedig aan de orde. Katan bespreekt een reeks voorbeelden, die illustreren, dat dit een lastig te beoordelen, grotendeels feitelijke aangelegenheid is. Ik ben van mening dat Katan gelijk heeft, dat niet te snel moet worden aangenomen dat het bij een gedeeltelijk uitgevoerde prestatie wel om losstaande verbintenissen zal gaan. Als de debiteur niets verneemt, zal hij snel denken dat de crediteur tevreden is met de prestatie. De debiteur zal op een eventueel falen gewezen moeten worden.

De beperking op de reikwijdte van de klachtplicht tot ondeugdelijke prestaties biedt enerzijds houvast voor de crediteur; anderzijds zijn er nog veel gevallen waarin het niet duidelijk is of de crediteur dient te klagen om zijn rechten niet te verliezen. De conclusie die hier mijns inziens aan moet worden verbonden is dat de crediteur er in alle gevallen wanneer hij niet tevreden is met de prestatie – of het gaat om een gebrekkige dan wel een gedeeltelijk geleverde prestatie – de debiteur daarvan op de hoogte moet stellen. Doet hij dit niet, dan biedt de jurisprudentie tot nog toe voor de (advocaat van) de debiteur niet vol-

¹⁸ Katan nuanceert dit. Dit komt verderop aan de orde.

¹⁹ Katan a.w., p. 47.

doende zekerheid om vooraf te beslissen of het “klachtplichtverweer” succesvol is. Dit verweer zou dus een standaardverweer moeten zijn.

Voldoet de eiser tijdig aan de klachtplicht? Deel II

De tweede deelvraag is de vraag wanneer de schuldeiser moet klagen. Deze kwestie heeft twee aspecten. Ten eerste is van belang wanneer de termijn begint te lopen. Ten tweede is van belang hoe lang de termijn is.

Bij de behandeling van het eerste aspect is voor een goed begrip van de term *termijn* in te zien dat de artikelen 6:89 en 7:23 BW eigenlijk twee termijnen bevatten. Ten eerste bevatten zij een onderzoekstermijn. Deze termijn is impliciet geïncorporeerd en wordt begrensd door het criterium *redelijkerwijze had moeten ontdekken* of in een aantal beperkte gevallen het criterium *feitelijke ontdekking*. Daarna gaat de tweede termijn, de klachttermijn, lopen. Deze is begrensd door de bewoordingen *binnen bekwame tijd*.²⁰

Klachtplicht ook vóór tijdstip uitvoering prestatie dan wel aflevering zaak?

In beide artikelen wordt gesteld dat geklaagd moet worden nadat de crediteur het gebrek of de non-conformiteit heeft ontdekt, dan wel redelijkerwijs had moeten ontdekken. Het is de vraag of de termijn al kan gaan lopen voordat de zaak is geleverd of voordat de prestatie is geleverd. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:89 BW blijkt dat over dit punt is gediscussieerd.²¹ De conclusie is volgens de Minister dat dit mogelijk is, wanneer de crediteur de gelegenheid krijgt de verschuldigde zaak voor aflevering te inspecteren.

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:23 BW blijkt dat pas hoeft te worden geklaagd als de zaak is afgeleverd. De verjaringstermijn (art. 7:23 lid 2 BW) kan ook pas gaan lopen nadat na het moment van aflevering is geklaagd.²² De onderzoekstermijn zou

²⁰ Asser-Hijma 2001 a.w., nr. 545 met betrekking tot art. 7:23 BW. Art. 6:89 BW verschilt in dit opzicht niet van art. 7:23 BW.

²¹ Parlementaire Geschiedenis Boek 6, V.V II, M.v.A II, p. 317.

²² M.v.A. I, *Kamerstukken I* 2001/02, 27809, nr. 323b, p. 10 en Nadere M.v.A. I, *Kamerstukken I* 2002/03, 27809, nr. 32a, p. 4.

in voorkomende gevallen wel eerder kunnen zijn gaan lopen. Tjittes stelt wel dat wanneer een gebrek voor de aflevering is ontdekt of redelijkerwijs ontdekt had moeten worden, dit van invloed kan zijn op de lengte van de klachttermijn na aflevering.²³

Ook de Hoge Raad heeft zich onlangs uitgelaten over deze problematiek in het arrest *WRA/Oldenhoeck*. Hij oordeelt zowel met betrekking tot art. 6:89 als 7:23 BW dat onderzoek aan de deugdelijkheid van de prestatie in de regel pas zal kunnen plaatsvinden nadat de prestatie is geleverd, maar vervolgt dan in overweging 4.1.2:

“Het voorgaande kan anders liggen indien de schuldenaar voorafgaande aan het moment van levering aan de schuldeiser gelegenheid biedt tot een inspectie van de af te leveren zaak, in welk geval de schuldeiser in de regel ter zake van de door hem bij deze inspectie ontdekte gebreken terstond zal hebben te protesteren (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 317), maar een zodanig geval doet zich hier niet voor.”²⁴

Het blijft, ook na wijzing van dit recente arrest, onduidelijk wat nu het absolute beginpunt van ontstaan van de klachtplicht is. Meest waarschijnlijk lijkt evenwel dat de wegen van art. 6:89 en 7:23 BW zich hier splitsen. In het kader van art. 6:89 BW is het in bijzondere gevallen mogelijk van de crediteur te eisen dat hij klaagt nog voordat is “geleverd”. In het bijzonder moet hier in het oog worden gehouden, dat ook andersoortige prestaties dan “leveren” voorwerp kunnen zijn van de klacht.²⁵ In het kader van art. 7:23 BW blijkt echter dat de klachtplicht pas ontstaat na aflevering. Dit is ook van belang voor het startmoment van de verjaringstermijn op grond van art. 7:23 lid 2 BW. Voor zover geklaagd is voor het moment van aflevering heeft deze mededeling geen effect voor het lopen van de verjaringstermijn. Deze termijn gaat pas lopen op het moment dat geklaagd is na het moment van aflevering.

Feitelijke ontdekking of geobjectiveerde onderzoeksplicht?

²³ Tjittes a.w., p. 19.

²⁴ HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 408 (*WRA/Oldenhoeck*), rov 4.1.2.

²⁵ HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 408 (*WRA/Oldenhoeck*), conclusie A-G Langemeijer onder 2.8.

Een volgend punt ten aanzien van de vraag wanneer de klachttermijn begint te lopen is meer materieel van aard. Het is van belang te weten wat de onderzoeksplicht van de crediteur inhoudt om het beginpunt van de klachttermijn te kunnen bepalen.

Bij de beantwoording van de vraag of de klachttermijn begint te lopen wanneer de crediteur het gebrek feitelijk heeft ontdekt of op het moment dat van hem kan worden verwacht dat hij het gebrek redelijkerwijs had moeten ontdekken speelt de hoedanigheid van partijen een rol. Is de crediteur een consument of niet? Ook het gedrag van de debiteur is van belang. Heeft hij bewust een verkeerde prestatie geleverd?

Op dit punt is een verschil waarneembaar tussen art. 6:89 en 7:23 BW. In het algemeen is van *feitelijke ontdekking* uiteraard minder snel sprake dan van het geobjectiveerde *redelijkerwijs had moeten ontdekken*. Ten aanzien van art. 6:89 BW biedt het artikel zelf noch de toelichting nadere aanknopingspunten voor partijen en rechter om buiten het geval van feitelijke ontdekking vast te stellen wanneer de schuldeiser nu redelijkerwijs het gebrek had moeten ontdekken. Uit het artikel valt in de meest algemene zin wel een onderzoeksplicht naar de kwaliteit van de prestatie af te leiden, maar daar blijft het bij. Bovendien maakt art. 6:89 BW geen onderscheid tussen consumenten en niet-consumenten, terwijl het voor de hand ligt dat aan consumenten, die doorgaans minder ervaring en kennis hebben over het product of de dienst die zij aanschaffen dan hun professionele wederpartij, minder hoge eisen met betrekking tot een onderzoeksplicht mogen worden gesteld.

Dit is duidelijker uitgewerkt in art. 7:23 BW. De tweede en derde zin in het eerste lid geven meer duidelijkheid over ten eerste de positie van de consument-koper en ten tweede de rol van de schuldenaar die van invloed kan zijn op het begintijdstip van de klachttermijn.

Art. 7:23 lid 1 BW:

“(…) Blijkt echter aan de zaak een eigenschap te ontbreken die deze volgens de verkoper bezat, of heeft de afwijking betrekking op feiten die hij kende of behoorde te kennen doch die hij niet

heeft meegedeeld, dan moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden. Bij een consumentenkoop moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden, waarbij een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is.”

Voor de consument-koper geldt, ongeacht het gedrag van de verkoper, dat hij het gebrek feitelijk moet hebben ontdekt voordat de klachttermijn gaat lopen. Hoewel een en ander niet is uitgewerkt in art. 6:89 BW, kan een vergelijkbaar resultaat wel bewerkstelligd worden, aldus Tjittes.²⁶ Dit kan met behulp van een strenge uitleg van de zinsnede *redelijkerwijs had moeten ontdekken* zodat voor de consument eigenlijk geldt dat hij het gebrek feitelijk dient te hebben ontdekt voordat de klachttermijn gaat lopen. Daarnaast kan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid nog uitkomst bieden. De professionele verkoper mag dan ten overstaan van de consument geen beroep doen op het feit dat de laatste het gebrek in de prestatie eerder had moeten ontdekken.

Uit de tweede zin van art. 7:23 lid 1 BW blijkt kort gezegd dat wanneer de debiteur de kwaliteit van het product heeft gegarandeerd, dan wel al van het gebrek afwist maar daarvan niets aan de crediteur heeft medegedeeld, het strengere criterium van de *feitelijke ontdekking* geldt. Dit geldt voor die overeenkomsten, waar geen sprake is van een consumentenkoop. De tweede zin is bijvoorbeeld wel van toepassing op de koopovereenkomst met betrekking tot een huis, waarbij de koper consument is.²⁷ Volgens Tjittes komt de tweede zin van deze bepaling overeen met het gegeven dat volgens vaste rechtspraak een mededelingsplicht voor een onderzoeksplicht gaat.²⁸

De vraag blijft dan staan wat dit betekent voor de onderzoeksplicht. Wanneer had de crediteur nu het gebrek redelijkerwijs moeten ontdekken? De Hoge Raad geeft in het arrest *Pouw/Visser* ook enige algemene richtlijnen voor de beantwoording van de vraag wanneer de koper nu precies zijn onderzoeksplicht is nagekomen. Volgens de Hoge Raad is

²⁶ Tjittes a.w., p. 19.

²⁷ Vergelijk art. 7:5 BW. Voor deze – vaak voor de consument meest grootschalige – aankoop geldt dus in beginsel dat de consument al moet klagen over een gebrek dat hij redelijkerwijs had moeten ontdekken.

²⁸ Tjittes a.w., p. 20.

de lengte van de termijn van nakoming van de onderzoeksplicht afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad formuleert het aldus:

“(...) Het onder (a) bedoelde onderzoek dient, gelet op de door art. 7:23 lid 1 beschermde belangen van de verkoper, door de koper te worden ingesteld en uitgevoerd met de voortvarendheid die gelet op de omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden gevergd. In dat verband kunnen onder meer van belang zijn de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt, en de deskundigheid van de koper.(...)”²⁹

Het is ten slotte nog de vraag of in het geval het criterium van feitelijke ontdekking van toepassing is ook een onderzoeksplicht moet gelden. Het zou moeten gaan om de plicht de kwaliteit van het product te onderzoeken teneinde het gebrek zo snel mogelijk “feitelijk” te ontdekken. Indien zou moeten worden aangenomen dat aan het criterium *feitelijke ontdekking* geen termijn verbonden is, dan rest slechts de algemene verjaringstermijn als uiterste termijn waarna ontdekking geen procedurele consequenties meer kan hebben. Er ontstaat een bewijsprobleem ten gunste van de consument. De consument kan immers volhouden dat hij pas sinds kort het gebrek feitelijk heeft ontdekt, terwijl de geleverde prestatie van de debiteur al maanden of jaren geleden kan zijn. De sanctie van art. 7:23 (en 6:89) BW is te streng en te eenzijdig om toe te kunnen passen in deze gevallen. Dat mag mijns inziens niet de doorslaggevende reden zijn om van de consument geen kritische houding ten opzichte van het gekochte te verwachten. Men kan zich wel voorstellen dat de rechter in dit geval rekening houdt met het gedrag van de consument bij het bepalen van de hoogte van de gevorderde schadevergoeding door te wijzen op de schadebeperkingsplicht van de consument (art. 6:101 BW).

Lengte klachttermijn

Het tweede aspect betreft de *lengte* van de klachttermijn. In art. 6:89 BW wordt geen concrete termijn genoemd. *Binnen bekwame tijd na ontdekking* is de gebruikte formulering in het artikel. De vraag is op welke termijn concreet wordt bedoeld. In de parlemen-

²⁹ HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 636 (Pouw/Visser), rov 3.3.3; de casus wordt in de volgende paragraaf uitgewerkt.

taire geschiedenis van art. 6:89 BW wordt vermeld dat voor bepaling van een precieze termijn naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken moet worden gekeken.³⁰

In art. 7:23 lid 1 BW worden dezelfde bewoordingen gehanteerd. In de derde zin is art. 7:23 lid 1 BW echter concreter. Gaat het namelijk om een consumentenkoop, dan is kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na ontdekking tijdig. Deze zinsnede is zo geformuleerd, dat niet is uitgesloten dat kennisgeving na twee maanden ook nog tijdig is. De vraag blijft hoe bepaald kan worden wat kennisgeving *binnen bekwame tijd* is. Naast de richtsnoeren in de parlementaire geschiedenis bij art. 6:89 BW – aard van de overeenkomst en de gebruiken – kunnen ook andere omstandigheden een rol spelen, te weten deskundigheid van partijen, onderlinge verhouding en juridische kennis van betrokkenen. Ook de redelijkheid en billijkheid spelen een rol.³¹

De Hoge Raad heeft in het arrest *Amsing/Dijkstra Post* geoordeeld, dat de klachtplicht ten aanzien van hetzelfde feitencomplex kan herleven, zelfs wanneer binnen bekwame tijd in eerste instantie is geklaagd.³² Het ging in dit arrest om de koop van een regenhaspel, waaraan door de professionele koper gebreken werden geconstateerd. De koper klaagde bijtijds en de haspel werd gerepareerd. Daarna functioneerde de regenhaspel nog steeds niet naar behoren. De koper liet vervolgens de haspel door een derde repareren zonder de verkoper op de hoogte te stellen. De haspel bleef gebreken vertonen en uiteindelijk heeft de koper de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden en aanvullende schadevergoeding gevorderd. De grondslag van die ontbinding is de non-conformiteit van de haspel. De verkoper betwist de ontbinding en bovendien beroept hij zich op rechtsverwerking, aangezien de koper niet meer geklaagd heeft na de herstelwerkzaamheden. De Hoge Raad volgt het hof in zijn oordeel dat de klachtplicht ook in dit geval nog steeds geldt. Volgens de Hoge Raad behoedt art. 7:23 lid 1 BW de verkoper voor late en moeilijk meer te betwisten klachten door voor te schrijven dat de koper op straffe van verval van zijn rechten zijn klachten tot de verkoper moeten richten binnen zo korte tijd als in de gegeven om-

³⁰ Parlementaire Geschiedenis Boek 6, TM, p. 317.

³¹ Parlementaire Geschiedenis Boek 7, V.V.I, p. 156, M.v.A. I, p. 157.

³² HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 634 (*Amsing/Dijkstra Post*).

standigheden in verband met zijn onderzoeksplicht van hem kan worden gevergd. Daarom blijft de klachtplicht *ook* gelden als herstelwerkzaamheden zijn uitgevoerd. De grondslag van de bescherming blijft immers gelijk. Hoewel dit dogmatisch wellicht juist is, kan men zich wel afvragen of dit een wenselijk oordeel is. Het is niet zo vreemd, dat een koper die de verkoper al een keer de kans heeft gegeven om de zaak te repareren niet nogmaals gaat klagen, maar zelf op zoek gaat naar een betere oplossing. De klachtplicht blijkt in dit geval wel een zeer gunstig wapen voor de keer op keer wanpresterende debiteur. Hiertegen kan worden ingebracht dat het één het ander niet uitsluit. A-G Wuisman erkent de blijvende noodzaak van de klachtplicht ook bij niet goed uitgevoerde herstelwerkzaamheden. Tegelijkertijd stelt hij dat dat niet hoeft te betekenen dat crediteur opnieuw in gebreke moet stellen. Als voldaan is aan de klachtplicht, mag de debiteur zijn rechten aanstonds uitoefenen.³³ De klachtplicht zou dan slechts nog dienen om de debiteur niet in bewijsproblemen te brengen. Ik ben het niet met deze lijn eens. De crediteur zal immers in de regel toch snel contact opnemen met de debiteur, omdat hij de overeenkomst wenst te ontbinden of om de kosten van de reparatie door de derde vergoed te krijgen. Daarmee is het bewijsprobleem praktisch van tafel. Een extra handeling van de crediteur in dit stadium – bij gebreke waarvan de crediteur al zijn rechten verliest – doet mijns inziens geen recht aan de positie van de crediteur. Klagen of protesteren impliceert toch dat j nog een keer actie van de debiteur wordt verlangd, terwijl een crediteur na al een eerdere poging gedaan te hebben daaraan geen behoefte meer heeft. Daar komt nog bij dat een onheldere situatie ontstaat als de crediteur binnen de klachttermijn de overeenkomst direct ontbindt. Volgens Wuisman moet de crediteur eerst klagen voordat hij zijn rechten uitoefent. Het is daarom in die visie maar de vraag of een ontbindingsverklaring als een klacht mag worden beschouwd.

In het op dezelfde dag gewezen arrest *Pouw/Visser* geeft de Hoge Raad nóg een aanwijzing hoe met de termijn van de artikelen 6:89 en 7:23 BW dient te worden omgegaan. Ongeveer een jaar na de koop ontdekte de koper dat het topschot ernstig was aangetast. Vervolgens liet de niet-deskundige koper onderzoek doen naar de gebreken in het top-

³³ HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 634 (Amsing/Dijkstra Post), conclusie A-G Wuisman onder 3.8, 3.9.

schot van het huis door een deskundige. De koper wachtte tot de resultaten bekend waren voordat hij de verkoper op de hoogte stelde. Tussen constatering van het gebrek door de koper en het bekend worden van de onderzoeksresultaten zaten ongeveer drie maanden. De koper heeft op dat moment, september 2001, de verkoper ingelicht en aansprakelijk gesteld voor de schade voortvloeiend uit de gebreken aan het topschot.

Het hof kwam tot de conclusie dat de klachttermijn overschreden was, nadat de verkoper daar een beroep op had gedaan. Vervolgens heeft de Hoge Raad geoordeeld dat dit oordeel geen stand kon houden. Van belang is ten eerste dat een vaste termijn niet kan worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.³⁴ Vervolgens gaat hij met name in op de betekenis van de status van niet-deskundige koper. Deze brengt mee dat de koper gerechtigd is een deskundige in te schakelen, als hij maar voortvarend handelt. Hij mag vervolgens de resultaten van het onderzoek afwachten voordat hij de verkoper op de hoogte stelt van de gebreken. Dit mag hij ook, als hij al wel geconstateerd heeft dat mogelijk sprake is van gebreken, maar nog niets kan zeggen over de aard, de ernst en de oorzaak van de gebreken. De particuliere koper kan zich dan met behulp van een deskundigenrapport een beter beeld van de zaak vormen. Aan het slot van deze overweging volgt nog een opmerkelijke tournure:

“Een andere opvatting zou de positie van de particuliere koper zonder goede grond nodeloos verzwaren en hem bovendien ertoe nopen bij de ontdekking van elk gebrek dat mogelijk van dien aard is dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, de verkoper daarvan kennis te geven. Daarmee zijn ook de redelijke belangen van de verkoper niet gediend.”³⁵

Dit oordeel is bijna feitelijk van aard of in ieder geval praktisch gemotiveerd. Door middel van vooral de laatste zin lijkt het probleem “weggeschreven” te worden. Het is immers alleszins voorstelbaar dat de verkoper juist wel gebaat is bij het onmiddellijk op de hoogte zijn van een eventueel gebrek. Wellicht weet hij zonder duur deskundigenrapport wat er aan de hand kan zijn en kan hij snel ingrijpen. Ik kan mij bovendien niet voorstel-

³⁴ HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser), rov 3.3.4.

³⁵ HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser), rov 3.4.3.

len dat de koper de moeite zou nemen om bij elk wissewasje de oorspronkelijke verkoper daarvan op de hoogte te stellen. Een verzwaring van de positie van de koper is daarom niet aan de orde. Zeker in dit geval, maar ook in vergelijkbare gevallen, zal de koper toch pas een deskundige inschakelen als hij het vermoeden heeft dat er heel wat loos is. Het lijkt dan niet ongerechtvaardigd van hem te vergen dat hij de verkoper daar spoedig van op de hoogte brengt. Het zou natuurlijk kunnen zijn dat de deskundige vervolgens oordeelt dat de gebreken na de koop zijn ontstaan en niet kunnen worden toegerekend aan de verkoper. In dat geval zou de correspondentie weinig zinvol zijn. Anderzijds, wanneer de koper de verkoper hierover duidelijk informeert, hoeft er geen probleem te ontstaan. De verkoper weet dan in ieder geval waar hij aan toe is. De Hoge Raad is daarom in mijn ogen erg coulant ten opzichte van de consument.

De consequenties voor de crediteur als hij zijn klachtplicht verzaakt

Wanneer de crediteur niet tijdig de prestatie onderzoekt en een eventueel gebrek mededeelt aan de debiteur, verliest de crediteur alle rechten en bevoegdheden die hem op grond van die gebrekkigheid ten dienste stonden. Dit roept de vraag op op welke rechten dit verval nu ziet. Systematisch gezien lijkt voor de hand te liggen dat alleen de “normale” contractuele remedies vervallen: nakoming, opschorting, schadevergoeding en ontbinding. In de parlementaire geschiedenis bij art. 7:23 BW is over dit punt een discussie gevoerd. Volgens de Minister was het expliciet de bedoeling alle rechten die gebaseerd zijn op de stelling dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt te laten vervallen bij het niet voldoen aan de klachtplicht.³⁶

Inmiddels is deze discussie naar de achtergrond gedrukt, omdat de Hoge Raad geen onduidelijkheid over de bedoeling van de wetgever heeft willen laten bestaan. De Hoge Raad heeft de wetgever dan ook volledig gevolgd. De eerste gelegenheid voor de Hoge Raad om zich hierover uit te laten deed zich voor in het arrest *Inno/Sluis*.³⁷ De rechts-

³⁶ Parlementaire Geschiedenis Boek 7, V.V.II, p. 150, M.v.A. II, p. 152. Anders: J. Hijma in Asser-Hijma 2001 a.w., nr. 549, die het dogmatische verschil tussen nakoming en ontbinding enerzijds en dwaling anderzijds dermate groot acht, dat de klachtplicht niet ook een verval van het beroep op dwaling kan inhouden.

³⁷ HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 (Inno/Sluis).

vraag in dit arrest had evenwel geen betrekking op de klachtplicht zelf, maar op de verkorte verjaringstermijn van twee jaar die volgt op de klachttermijn ex art. 7:23 lid 2 BW. Het hof had betoogd dat wanneer de vordering, die materieel inhield dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordde, in de vorm van een onrechtmatige daad was gegoten, de verjaringstermijn van art. 7:23 lid 2 BW niet gold. De Hoge Raad heeft deze redenering verworpen.³⁸

Tjittes heeft met vooruitziende blik opgemerkt dat hij naar aanleiding van dit arrest en de parlementaire geschiedenis geen beletselen zag om dezelfde redenering ook voor art. 7:23 lid 1 BW op te laten gaan. Dan betreft het dus de klachtplicht zelf. De Hoge Raad heeft in het arrest *Pouw/Visser* in dit kader deze opening gedicht. In dat geval ging het om een vordering tot vernietiging gebaseerd op dwaling. Het achterliggende feitencomplex was echter ook gebaseerd op het niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst. De Hoge Raad volgt terzake de wetgever:

“Zoals uitdrukkelijk is bevestigd in de wetsgeschiedenis van de onderhavige bepaling (...) staat het onbenut verstrijken van de in art. 7:23 lid 1 bedoelde termijn niet alleen in de weg aan een beroep van de koper op een tekortkoming van de verkoper, maar ook aan een verweer of vordering op grond van dwaling, gebaseerd op feiten die eveneens de stelling zouden kunnen rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt (...).”³⁹

De Hoge Raad had dit oordeel wel uitvoeriger kunnen motiveren gezien de tegenstellingen hierover in de parlementaire geschiedenis,

Evaluatie

De kern van dit artikel is te onderzoeken of de wanpresterende debiteur nu werkelijk een extra en machtig wapen in handen heeft om niet de gevolgen van zijn eigen feilen te hoeven dragen.

³⁸ HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272 (Inno/Sluis), rov 4.3.

³⁹ HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser), rov 3.8.

Allereerst moet worden geconstateerd dat de klachtplicht een “secundair” traject is. Daarmee bedoel ik dat de debiteur zich pas op art. 6:89 of 7:23 BW kan beroepen, als de crediteur niet tijdig geklaagd heeft. Een succesvol beroep op het niet vervullen van de klachtplicht zal in het algemeen toch de uitzondering op de regel zijn. De crediteur heeft voor de prestatie betaald en zal daarom ook reclameren als hij niet tevreden is. In dat geval heeft de debiteur dus in het geheel geen voordeel van de regeling in de artikelen 6:89 en 7:23 BW.

De vooronderstelling voor eventuele toepassing van de artikelen 6:89 en 7:23 BW is dus dat de crediteur niet klaagt. De klachtplicht geldt niet voor in het geheel niet uitgevoerde prestaties, dan wel - in het specifieke geval van de koopovereenkomst - voor het geval de zaak in het geheel niet is afgeleverd.⁴⁰ Dit is een serieuze beperking op het toepassingsbereik van de klachtplicht. Anderzijds biedt dit criterium ook slechts beperkt duidelijkheid. Over de status van gedeeltelijk uitgevoerde prestaties zal de Hoge Raad zich in de toekomst nog een oordeel moeten vormen.

Zowel blijkens de wet als blijkens de recente jurisprudentie van de Hoge Raad is de hoedanigheid van de crediteur van groot belang voor de inhoud en reikwijdte van de klachtplicht. Is de crediteur consument, dan is zijn plicht om te klagen duidelijk afgezwakt. Ten eerste dient hij enig gebrek feitelijk te hebben ontdekt. In art. 7:23 lid 1 BW is dit expliciet gemaakt. Voor art. 6:89 BW ligt analoge toepassing voor de hand. Zelfs dan hoeft hij nog niet onder alle omstandigheden binnen twee maanden te klagen.⁴¹ Contractuele afwijking ten nadele van de consument is hoe dan ook niet mogelijk als het gaat om consumentenkoop op grond van art. 7:6 BW. Ook via de strenge toetsing van algemene voorwaarden in boek 6 (art. 6:237 sub h BW) ligt het niet voor de hand dat voor de consument nadelige voorwaarden met betrekking tot de klachtplicht vaak standhouden wanneer het gaat om verbintenissen anders dan uit de koopovereenkomst. Kortom, is de cre-

⁴⁰ HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 176 (Brocacef/ FGC). Bovendien vallen al dan niet verkeerd opgestelde facturen niet onder het begrip “prestatie” zoals genoemd in art. 6:89 BW. Voor deze gevallen gelden de klachtplicht en de bijbehorende termijn ook niet. Zie HR 11 mei 2001, *NJ* 2001, 410 (Lutikhuis/Ridgefield).

⁴¹ HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 636 (Pouw/Visser), rov 3.4.4.

diteur consument en heeft hij niet direct geklaagd, dan is nog maar de vraag wat er van een beroep op het verzaken van de klachtplicht overblijft.

Een laatste belangrijke beperking is gelegen in het verbod op ambtshalve toetsing door de rechter. De vervaltermijnen in de artikelen 6:89 en 7:23 BW zijn niet van openbare orde en dienen ook niet ambtshalve te worden toegepast. De doctrine mag daarover van mening verschillen, de Hoge Raad is hier duidelijk over geweest.⁴²

Daarmee is echter nog niet gezegd dat de klachtplicht nu niets meer voorstelt. Integendeel, uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de crediteur – consument of niet – voortvarend te werk moet gaan, zeker als hij een gebrek daadwerkelijk heeft ontdekt. Van een professionele crediteur wordt een verder gaande onderzoeksplicht verwacht. De Hoge Raad gaat tamelijk ver door zelfs voor herstelwerkzaamheden te eisen dat de crediteur over de eventuele gebrekkige uitvoering daarvan klaagt. Doet hij dit niet, dan kan hij zijn kosten om de reparatie of de gehele prestatie door een derde partij te laten uitvoeren niet verhalen.⁴³

Bovendien is het voor de crediteur het “veiligst” – dat wil zeggen als hij er zeker van wil zijn dat hij zijn rechten niet verliest – als hij gebreken aan een aan hem geleverde of nog te leveren zaak zo snel mogelijk rapporteert. Onder omstandigheden mag immers van de crediteur verwacht worden dat ook als de prestatie nog niet geheel is afgerond of de zaak nog niet is afgeleverd hij de prestatie of de zaak onderzoekt en eventuele gebreken aan de debiteur mededeelt.⁴⁴

Ten slotte is de Hoge Raad zeer streng waar het gaat om de consequenties. Voldoet de crediteur niet aan de klachtplicht dan is dat voor hem het einde van zijn verhaal. Het staat

⁴² HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80 (Robinson/Molenaar).

⁴³ HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 634 (Amsing/Dijkstra Post).

⁴⁴ HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 408 (WRA/Oldenhoeck).

nu vast dat dat geldt voor alle verweren van de crediteur die gebaseerd zijn op het gebrek waarover niet is geklaagd.⁴⁵

Conclusie

De bedoeling van dit artikel was om aan de hand van de beschrijving van de regeling van de artikelen 6:89 en 7:23 BW een oordeel te geven over de vraag of de debiteur een allesvernietigend wapen heeft om de in eerste instantie lakse crediteur van zich af te houden. Het antwoord is mijns inziens dat de debiteur in die gevallen inderdaad sterk staat. De debiteur – meestal zijn advocaat – zal het verzaken van de klachtplicht als standaardverweer op moeten nemen in zijn betoog om aansprakelijkheid af te wenden als ook maar enigszins uit de feiten kan worden gedestilleerd dat de crediteur niet adequaat op een tekortkoming van de debiteur heeft gereageerd. Omgekeerd betekent dit voor de crediteur dat hij alert zal moeten zijn wanneer hij de prestatie van de debiteur ontvangt. Hij zal de prestatie kritisch moeten bekijken en hij zal bij ontevredenheid adequaat moeten zijn in zijn berichtgeving aan de debiteur. “Allesvernietigend” is evenwel een wat al te destructieve term. Niet altijd heeft de crediteur een klachtplicht, bijvoorbeeld in het geval van in het geheel niet geleverde prestaties. Voor consumenten is zowel de wetgever als de rechter soepeler. De ontwikkeling van het leerstuk van de klachtplicht toont aan dat het Burgerlijk Wetboek primair geschreven lijkt voor professionele partijen. Wie niet op zijn strepen staat, verliest zijn recht ten behoeve van de rechtszekerheid.

Martijn van Kogelenberg
promovendus Erasmus Universiteit Rotterdam

⁴⁵ HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 (Inno/Sluis); HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 636 (Pouw/Visser).