

Te laat geklaagd: beroep geslaagd

Hoe kan een aannemer zich het best verweren met
een beroep op het niet tijdig klagen ex de
klachtplicht van artikel 6:89 BW?

Sint-Oedenrode, januari 2017

A.L.M. van Rooij

mr. dr. G.A.F.M. van Schaaijk

mr. M. Soysüren

Te laat geklaagd: beroep geslaagd

Hoe kan een aannemer zich het best verweren met een beroep op het niet tijdig klagen ex de klachtplicht van artikel 6:89 BW?

Sint-Oedenrode, januari 2017

Aniek van Rooij
Juridische Hogeschool
Avans – Fontys te Tilburg
Studentnummer: 2071225
Afstudeerperiode 2016-2017

Advocatenkantoor Verkuijlen
mr. drs. P.A.M. Verkuijlen
mr. dr. G.A.F.M. van Schaaijk
mr. M. Soysüren

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie ter afronding van de bachelor HBO-rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Na vier jaar studeren eindigt deze opleiding voor mij met een afstudeerstage bij Advocatenkantoor Verkuijlen. Ondanks ik voor mijn gevoel meerdere keren ben vastgelopen, heb ik mede dankzij de opbeurende woorden van studiegenoot Pien Liebrechts op zulke momenten, een fijne en leerzame tijd gehad.

Geertje van Schaaijk wil ik graag bedanken voor de fijne begeleiding waar ook geruststellende woorden onderdeel van uitmaakten. Het voelde alsof ik altijd welkom was met al mijn vragen. Het boek ‘Praktijkgericht juridisch onderzoek’ geschreven door Geertje van Schaaijk heb ik veel kunnen gebruiken bij het schrijven van deze scriptie.¹

Ik wil van deze gelegenheid gebruik maken om ook Peter Verkuijlen te bedanken voor de mogelijkheid die hij heeft geboden mijn studie in zijn kantoor af te ronden. Ik bedank hem voor de feedback en hulp die hij tijdens het schrijven van dit onderzoek gaf. Ook bedank ik graag Twan van Strien voor zijn interesse, feedback en vooral het brainstormen over het formuleren van de centrale vraag. Leonoor Louwers wil ik bedanken voor de ondersteuning tijdens administratieve taken en de leuke afleiding die ze bood. In het bijzonder wil ik Ilse Schuurman, de andere stagiaire, bedanken voor alle leuke en grappige momenten, zowel tijdens kantooruren als daar buiten.

Aniek van Rooij

Sint-Oedenrode, januari 2017

¹ Schaaijk, 2015.

Inhoudsopgave

Samenvatting

1. Inleiding.....	8
1.1 Probleembeschrijving.....	8
1.2 Centrale vraag en deelvragen	9
1.3 Methodische verantwoording	10
1.3.1 Onderzoeksstrategie	10
1.3.2 Bronnen en methoden.....	10
1.4 Afbakening	11
1.5 Leeswijzer	11
2. Totstandkomingsgeschiedenis	13
2.1 Totstandkoming.....	13
2.2 Rechtszekerheidsbeginsel.....	14
3. Uitleg Hoge Raad.....	15
3.1 Wetssystematiek.....	15
3.2 Rechtsverwerking.....	15
3.3 Overeenkomst tot aanneming van werk	17
3.4 Klachtplicht volgens de HR.....	18
3.4.1 Het gebrek	18
3.4.2 De klacht.....	18
3.4.3 De termijn.....	18
3.4.4 De belangenafweging	20
3.4.5 De stelplicht en bewijslast	20
3.5 Onderzoek feitenrechtspraak	21
4. Feitenrechtspraak.....	22
4.1 Analyse uitspraken en arresten.....	22
4.1.1 Het gebrek	22
4.1.2 De klacht.....	23
4.1.3 De termijn.....	24
4.1.4 De belangenafweging	26
4.1.5 De stelplicht en bewijslast	27
4.2 Algemene bevindingen.....	27
5. Conclusies en Aanbevelingen.....	29
5.1 Conclusies	29

5.2	Aanbevelingen.....	30
6.	Literatuurlijst	32
7.	Jurisprudentielijst	34

Samenvatting

De klachtplicht is te vinden in artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (hierna BW) en houdt in dat de schuldeiser geen beroep meer kan doen op een gebrek in de prestatie, als hij niet binnen bekwame tijd over dit gebrek protesteert bij de schuldenaar. Dit onderzoek heeft als doel aanbevelingen te geven over het voeren van een verweer door een aannemer op het niet tijdig klagen door de opdrachtgever ex de klachtplicht van artikel 6:89 BW. De klachtplicht is het meest interessant voor Advocatenkantoor Verkuijlen waar het gaat om een overeenkomst tot aanneming van werk. De aanbevelingen worden gebaseerd op de wijze waarop feitenrechters omgaan met de uitleg die de Hoge Raad (hierna HR) geeft aan de klachtplicht, in hun oordeel of een opdrachtgever tijdig zijn beklag heeft gedaan bij de aannemer. Advocatenkantoor Verkuijlen kan met dit advies cliënten voorzien van rechtskundige bijstand inzake het voeren van een verweer op het niet tijdig klagen. Om dit doel te behalen is de volgende centrale vraag geformuleerd: Welke aanbevelingen vloeien voort uit een analyse van de wijze waarop feitenrechters omgaan met het niet tijdig klagen als verweermiddel door een aannemer, afgezet tegen de uitleg die de HR aan de klachtplicht ex artikel 6:89 BW geeft?

Een geslaagd beroep op schending van de klachtplicht zorgt voor verval van alle rechten uit de verbintenis zoals ontbinding, schadevergoeding, nakoming en opschorting, waardoor een geslaagd beroep op de klachtplicht een machtig wapen is voor de aannemer. Om de centrale vraag te beantwoorden is eerst een onderzoek naar theorie verricht, namelijk de totstandkomingsgeschiedenis van het artikel alsmede de uitleg die de HR aan artikel 6:89 BW geeft. Vervolgens is in de praktijk, door een analyse van uitspraken in feitenrechtspraak, onderzocht hoe feitenrechters met de uitleg van de HR omgaan in hun oordeel of tijdig is geklaagd.

De HR heeft in een twaalfstal arresten duidelijkheid geboden over de invulling van klachtplicht in verbintenissen in het algemeen. Uit onderzoek van vakliteratuur over dit onderwerp en een analyse van arresten van de HR is de focus gelegd op vijf onderwerpen waar de HR zich over heeft uitgelaten, te weten de klacht, het gebrek, de termijn, de belangenafweging en de stelplicht en bewijslast.

Uit analyse blijkt dat feitenrechters zich deels houden aan de uitleg die de HR ten aanzien van het gebrek geeft: ze laten de waarneembaarheid en de wijze waarop het gebrek ontdekt wordt achterwege, maar laten de aard van het gebrek meewegen in hun oordeel of de opdrachtgever tijdig heeft geklaagd. Wanneer de aard van het gebrek met zich meebrengt dat het verslechtert door het verstrijken van tijd, wordt eerder aangenomen dat de opdrachtgever te laat is met zijn klacht. Een aanbeveling is dan ook om te stellen dat het gebrek gemakkelijk te ontdekken was en/of dat het gebrek erg verslechtert door lang te wachten met een klacht.

Wat betreft de klacht overweegt de HR dat dit vormvrij is maar dat het de aard en omvang voor zover mogelijk aangegeven moeten worden. Uit analyse van uitspraken van feitenrechters blijkt dat de rechter inderdaad onderzoekt of het protest duidelijk genoeg was en of dat het de aannemer heeft bereikt. Het is daarom raadzaam in het verweer gemotiveerd te stellen dat het voor de aannemer niet duidelijk is ten aanzien van welk gebrek is geklaagd.

De termijn die de opdrachtgever mag nemen om zijn beklag te doen, moet afhangen van omstandigheden van het geval. De verstreken tijd moet meegenomen worden in het oordeel, maar mag niet een doorslaggevende factor zijn. Doorgaans zijn feitenrechters van mening dat een klacht tijdig is, wanneer dit binnen vijf maanden na oplevering plaatsvindt. Pas vanaf vijf maanden gaan feitenrechters naar andere omstandigheden kijken.

De HR vindt dat de belangenafweging het belangrijkste aspect moet zijn in het oordeel of tijdig is geklaagd. Aannemers blijken niet altijd gemotiveerd genoeg te stellen dat zij zijn geschaad in hun belangen en dat is voor feitenrechters een reden om ervan uit te gaan dat de aannemer geen nadeel lijdt door de late klacht. Advies is uitgebreid gemotiveerd te stellen dat de aannemer is geschaad in zijn

belangen. Dit kan door te stellen dat hij is benadeeld in zijn bewijspositie, of dat hij schade lijdt door de te late klacht.

Het belangrijkste overkoepelende advies is dat de aannemer zijn stellingen voldoende onderbouwd moet motiveren en zo nodig moet bewijzen, vooral als het om zijn belangen gaat. Pas wanneer voldoende gemotiveerd gesteld wordt dat de belangen van de aannemer zijn geschaad, gaat de feitenrechter hierop in en houdt hij zich aan de aanwijzing van de HR dat dit het belangrijkste aspect hoort te zijn in het oordeel of tijdig is geklaagd.

1. Inleiding

Dit hoofdstuk geeft inzicht in de inhoud van dit onderzoek. In paragraaf 1.1 wordt een probleembeschrijving met afsluitend de doelstelling van dit onderzoek gegeven. De centrale vraag en de deelvragen die ter beantwoording daarvan dienen, zijn opgenomen in paragraaf 1.2. Vervolgens worden in paragraaf 1.3 de keuzes voor de onderzoeksstrategie, bronnen en methoden verantwoord en hierna wordt een afbakening van het onderwerp gegeven in paragraaf 1.4. De leeswijzer in paragraaf 1.5 is de afsluiting van dit hoofdstuk.

1.1 Probleembeschrijving

Wanneer een schuldeiser een beroep doet op een gebrek in de prestatie moet hij hierover tijdig klagen bij de schuldenaar. Deze plicht wordt de klachtplicht genoemd en is in de wet geregeld in artikel 89 van het Burgerlijk Wetboek 6:

“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.”

De klachtplicht is van toepassing op verbintenissen in het algemeen. Deze bepaling houdt in dat de schuldeiser geen beroep meer kan doen op een gebrek in de prestatie, als hij niet binnen bekwame tijd over dit gebrek protesteert bij de schuldenaar. Schending van deze klachtplicht betekent voor de schuldeiser dat al zijn rechten uit de verbintenis met de schuldenaar komen te vervallen zoals het recht op ontbinding, schadevergoeding, nakoming en opschorting. Schuldenaren kunnen juist een verweer ontlenen aan het niet tijdig protesteren door de schuldeiser. Artikel 6:89 BW heeft zijn huidige vorm gekregen na inwerkingtreding van het huidige BW in 1992. Volgens de parlementaire geschiedenis is deze bepaling opgenomen ter bescherming van de schuldenaar.² De HR geeft namelijk aan dat de rechter rekening moet houden met enerzijds het ingrijpende rechtsgevolg voor de schuldeiser door het verval van zijn rechten en anderzijds de belangen van de schuldenaar waarin hij is geschaad door het late tijdstip van de klacht.³

Indien een verweer door de schuldenaar op het niet tijdig klagen door de schuldeiser slaagt, vervallen al de rechten van de schuldeiser. Een verweer op de schending van de klachtplicht ex artikel 6:89 BW is een machtig wapen om in te zetten wanneer een schuldeiser een schuldenaar aansprakelijk stelt. Bij een te laat beklag zal de rechter de vordering van de schuldeiser afwijzen.

De HR geeft in zijn arresten uitleg over de manier waarop de klachtplicht getoetst moet worden. Deze arresten bevatten overwegingen van de HR over de invulling van onduidelijke begrippen zoals ‘gebrek’ en ‘protesteren’ en de vereisten voor een geslaagd beroep op de klachtplicht. De HR verheldert de toepassing van artikel 6:89 BW en omstandigheden waar feitenrechtters acht op moeten slaan in hun toets of een beroep op schending van de klachtplicht slaagt. Ook wordt duidelijkheid geboden over de wijze waarop een rechter moet oordelen wat een ‘bekwame tijd’ is waarbinnen geprotesteerd had moeten worden alsmede binnen welke termijn een gebrek ‘redelijkerwijs ontdekt’ had moeten zijn. Er moet een belangentoets plaatsvinden in het oordeel of de schuldeiser tijdig heeft geklaagd en de HR laat zich uit over de stelplicht en bewijslast. Gecategoriseerd laat de HR zich over de navolgende onderwerpen nadrukkelijk uit:

- Het gebrek
- De klacht

² Parl. Gesch. Boek 6, p. 316-317.

³ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, (Van de Steeg c.s./Rabobank).

- De termijn
- De belangenafweging
- De stelplicht en bewijslast

Om een verweer van de schuldenaar een zo groot mogelijke kans van slagen te laten hebben, moet niet alleen gekeken worden naar de uitleg die de HR aan de klachtplicht geeft, maar ook naar de wijze waarop feitenrechters met deze uitleg omgaan. Voor de opdrachtgever, Advocatenkantoor Verkuijlen, is het hier onderzochte vraagstuk het meest interessant waar het gaat om een overeenkomst tot aanneming van werk.

Het is aan de feitenrechter in iedere casus de omstandigheden van het geval te bekijken om zo een beslissing te nemen of de schuldeiser tekort is geschoten in zijn verplichting tijdig te klagen. Aan de hand van een analyse van motiveringen van de uitspraken van feitenrechters, met de focus op de uitleg die de HR aan vijf voornoemde onderwerpen geeft, kan een advies gegeven worden over het voeren van een verweer door de aannemer. Ook kan het mogelijk inzicht bieden in de haalbaarheid van een gerechtelijke procedure. Dit inzicht helpt in het adviseren van aannemers die Advocatenkantoor Verkuijlen verzoeken om rechtskundige bijstand. Tevens kan wellicht door een analyse van de wijze waarop feitenrechters een verweer van de aannemer op het niet tijdig klagen door de opdrachtgever een patroon ontdekt worden in de beoordeling door feitenrechters. Indien er een patroon te vinden is, betekent dit dat de analyse van uitspraken kan leiden tot een bepaalde mate van voorspelbaarheid.

Het doel is op 10 januari 2017 een onderzoeksrapport op te leveren waarin aanbevelingen worden gegeven over het voeren van een verweer door een aannemer op het niet tijdig klagen door de opdrachtgever ex de klachtplicht van artikel 6:89 BW. De aanbevelingen worden gebaseerd op de wijze waarop feitenrechters omgaan met de uitleg die de HR geeft aan de klachtplicht, in hun oordeel of een opdrachtgever tijdig zijn beklag heeft gedaan bij de aannemer. Advocatenkantoor Verkuijlen kan met dit advies cliënten voorzien van rechtskundige bijstand inzake het voeren van een verweer op het niet tijdig klagen.

1.2 Centrale vraag en deelvragen

Om bovengenoemde doelstelling te behalen is de volgende centrale vraag geformuleerd:

“Welke aanbevelingen vloeien voort uit een analyse van de wijze waarop feitenrechters omgaan met het niet tijdig klagen als verweermiddel door een aannemer, afgezet tegen de uitleg die de Hoge Raad aan de klachtplicht ex artikel 6:89 BW geeft?”

Om tot een antwoord op de centrale vraag te komen, wordt achtereenvolgens antwoord gegeven op de volgende deelvragen:

- Hoe is de klachtplicht ex artikel 6:89 BW tot stand gekomen gelet op de parlementaire geschiedenis van het artikel?
- Welke uitleg geeft de HR aan de klachtplicht ex artikel 6:89 BW in het kader van verbintenissen in het algemeen?
- Hoe wordt een verweer door een aannemer op het niet tijdig klagen ex artikel 6:89 BW getoetst door de feitenrechter?
- Hoe verhoudt de beoordeling door feitenrechters zich met de uitleg die de HR aan de klachtplicht geeft?
- Hoe kan de aannemer het beste een verweer voeren op het niet tijdig klagen ex artikel 6:89 BW lettende op de uitleg van de HR en de invulling die feitenrechters daaraan geven?

In de leeswijzer (paragraaf 1.5) wordt aangegeven in welke hoofdstukken deze vragen worden beantwoord. Aan het begin van ieder hoofdstuk is aangegeven wat in dat hoofdstuk aan bod komt.

1.3 Methodische verantwoording

Deze paragraaf geeft weer welke onderzoekstrategie is gehanteerd, alsmede welke bronnen en methoden gebruikt zijn. Tevens wordt voor deze keuzes een verantwoording gegeven. Eerst wordt in paragraaf 1.3.1 ingegaan op de keuze van onderzoeksstrategie en in de paragraaf die daarop volgt, paragraaf 1.3.2, wordt uitleg gegeven over de keuze van bronnen en methoden. Deze verantwoording voldoet aan de eisen die in een praktijkgericht juridisch onderzoek aan een methodische verantwoording stelt.

1.3.1 Onderzoeksstrategie

Het doel van dit onderzoek is tot aanbevelingen te komen. Om antwoord te geven op de centrale vraag, wordt in deelvraag 1 eerst gekeken naar de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 6:89 BW. Het antwoord op deze vraag vloeide voort uit een rechtsbronnenonderzoek. Vervolgens is in deelvraag 2 onderzocht welke uitleg de HR aan de klachtplicht geeft. Deze vraag werd beantwoord door een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Uit dit onderzoek vloeiden vijf onderwerpen voort, waarop gelet is tijdens het onderzoek van de praktijk, deelvraag 3. Dit onderzoek is een onderzoek naar de praktijk, namelijk het analyseren van uitspraken van feitenrechters. Vervolgens is de analyse van feitenrechtspraak vergeleken met jurisprudentie van de HR en zijn conclusies en aanbevelingen gegeven. Samenvattend is gekozen om eerst een onderzoek te doen naar theorie, namelijk de totstandkomingsgeschiedenis en de uitleg die de HR aan de klachtplicht geeft, om vervolgens in het licht van deze theorie te kijken naar hoe zich dit in feitenrechtspraak, de praktijk, verhoudt zodat het praktijkonderzoek efficiënt gedaan kon worden.

1.3.2 Bronnen en methoden

Om de bedoeling van de invoering van dit artikel door de wetgever te achterhalen, is in deelvraag 1 gekeken naar parlementaire geschiedenis van de klachtplicht. Deze parlementaire geschiedenis is deels gevonden via internet op www.statengeneraaldigitaal.nl en deels in de bibliotheek van de Radboud Universiteit te Nijmegen, te weten een bundeling van de parlementaire geschiedenis die de wetshistorie van dit artikel op chronologische wijze laat zien.⁴

De tweede deelvraag geeft antwoord op de vraag welke uitleg de HR aan de klachtplicht ex artikel 6:89 BW geeft. Door een literatuuronderzoek naar artikelen uit vakbladen is een keuze gemaakt voor een selectie van arresten waarin de HR nieuwe inzichten verschaft en of uitleg geeft. De literatuur die geraadpleegd is, bestaat uit artikelen gepubliceerd in juridische vakbladen en boeken. De artikelen zijn geselecteerd op basis van inhoudelijk relevante informatie, datum van publicatie en natuurlijk op basis van het tijdschrift waarin het is gepubliceerd. Er is gebruik gemaakt van zo recent mogelijke publicaties. Een grens is getrokken bij 2006. De keuze voor deze grens is gebaseerd op de stijgende lijn van beroepen op de klachtplicht sinds dat jaar.⁵ Er zijn alleen artikelen gebruikt van vakbladen met een wetenschappelijke redactie. Uit analyse van deze artikelen bleek in welke arresten de HR nieuwe uitleg geeft aan de klachtplicht ex artikel 6:89 BW. De keuze viel hierom op twaalf gewezen arresten van 2006 tot en met heden. Tevens is door middel van deze artikelen alsmede de analyse van de arresten gekomen tot vijf onderwerpen waar de focus op ligt in het praktijkonderzoek. In voetnoten is verkort verwezen naar artikelen en arresten en de volledige verwijzingen zijn opgenomen in de literatuur- en jurisprudentielijst. Vanzelfsprekend is ook de wet geraadpleegd. Met name Burgerlijk Wetboek 6, waarin de klachtplicht is opgenomen en Burgerlijk Wetboek 7 omdat hier de overeenkomst tot aanneming van werk is geregeld.

⁴ Parl. Gesch. Boek 6 en Parl. Gesch. Boek 7.

⁵ Jansen, TOP 2013/5.

In deelvraag 3 is antwoord gegeven op de volgende vraag: Hoe wordt een verweer door een aannemer op het niet tijdig klagen ex artikel 6:89 BW getoetst door de feitenrechter? Om tot een antwoord te komen zijn uitspraken van feitenrechters gezocht op internet. Op www.rechtspraak.nl is naar uitspraken gezocht vanaf 1 maart 2013. De keuze voor deze datum is gemaakt op basis van een analyse van arresten van de HR. De HR heeft namelijk in februari 2013 drie arresten gewezen waarin hij veel uitleg geeft aan de klachtplicht.⁶ Zo is in de uitspraken die na deze datum zijn gedaan door feitenrechters, rekening gehouden met de drie voornoemde arresten. Vervolgens is geselecteerd op uitspraken door feitenrechters, dus alleen op gerechtshoven en rechtbanken. Omdat de focus is gelegd op een beroep op schending van de klachtplicht in overeenkomsten tot aanneming van werk, is gezocht op de zoekwoorden ‘aannemer’ en ‘6:89’. Er is voor het zoekwoord ‘aannemer’ gekozen zodat uitspraken werden weergegeven waar een aannemer een rol in nam, omdat de schuldenaar in een overeenkomst tot aanneming van werk een aannemer wordt genoemd. Gezocht op voornoemde criteria laat www.rechtspraak.nl in totaal 51 uitspraken zien. Deze uitspraken zijn vervolgens aan een korte analyse onderworpen om te onderzoeken of deze bruikbaar waren voor dit onderzoek. Na deze analyse bleef een aantal van 16 uitspraken over dat onderworpen is aan een grondigere analyse. In deze uitspraken waren geen algemene voorwaarden van toepassing (verklaard) en heeft de feitenrechter relevante overwegingen gedaan in het oordeel of tijdig is geklaagd door de opdrachtgever. Er is gekozen voor uitspraken waarin geen algemene voorwaarden van toepassing waren, omdat in algemene voorwaarden afgeweken kan worden van de klachtplicht ex artikel 6:89 BW.

De vierde en vijfde deelvraag (conclusies en aanbevelingen) zijn beantwoord aan de hand van de antwoorden op de deelvragen die daaraan vooraf zijn gegaan. Aan het einde van dit rapport is een literatuur- en jurisprudentielijst opgenomen.

1.4 Afbakening

Voor de opdrachtgever, Advocatenkantoor Verkuijlen, is het hier onderzochte vraagstuk het meest interessant daar waar het gaat om een overeenkomst tot aanneming van werk. Dat is de reden waarom dit onderzoek zich richt op conflicten over overeenkomsten tot aanneming van werk. Paragraaf 3.3 bakent verder af in het kader van overeenkomsten tot aanneming van werk. Bovendien is artikel 6:89 BW regelend recht, waardoor partijen bij overeenkomst van de klachtplicht kunnen afwijken, of deze bepaling nader kunnen concretiseren. Vaak wordt bij contract een bepaling opgenomen waarin een termijn gesteld wordt waarbinnen gereclameerd moet worden. Deze bij overeenkomst geregelde afwijking of concretisering moet voldoen aan de regels die de wet stelt aan algemene voorwaarden, te vinden in titel 5, afdeling 3 van BW 6.⁷ Bij het praktijkonderzoek zijn alleen uitspraken bekeken waar geen algemene voorwaarden van toepassing zijn, zodat het verweer zich alleen richtte op de wettelijke klachtplicht van artikel 6:89 BW.

1.5 Leeswijzer

Het onderzoeksrapport is opgedeeld in een aantal kernhoofdstukken. Hoofdstuk 2 ‘Totstandkomingsgeschiedenis’ biedt antwoord op de eerste deelvraag: Hoe is de klachtplicht ex artikel 6:89 BW tot stand gekomen gelet op de parlementaire geschiedenis van het artikel? In hoofdstuk 3, ‘Uitleg HR’ wordt antwoord gegeven op de tweede deelvraag: Welke uitleg geeft de HR aan de klachtplicht ex artikel 6:89 BW in het kader van verbintenissen in het algemeen? In hoofdstuk 4, ‘Feitenrechtspraak’ vindt de beantwoording van deelvraag 3 plaats: Hoe wordt een verweer door

⁶ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (*Van de Steeg/Rabobank*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195 (*Kramer/Van Lanschot*) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846 (*Van Lanschot/Grove*).

⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012/408; Rutten, MvV 2015/6, p. 171 e.v.

een aannemer op het niet tijdig klagen ex artikel 6:89 BW getoetst door de feitenrechter? Het vijfde hoofdstuk luidt ‘Conclusies en aanbevelingen’. Een conclusie wordt gegeven aan de hand van beantwoording van de volgende vraag: Hoe verhoudt de beoordeling door feitenrechters zich met de uitleg die de HR aan de klachtplicht geeft? Vervolgens wordt door middel van antwoord op de volgende vraag aanbevelingen gegeven: Hoe kan de aannemer het beste een verweer voeren op het niet tijdig klagen ex artikel 6:89 BW lettende op de uitleg van de HR en de invulling die feitenrechters daaraan geven? Dit onderzoek sluit af met een literatuurlijst en een lijst van aangehaalde jurisprudentie.

Overzicht:

- Hoofdstuk 1 Inleiding
- Hoofdstuk 2 Totstandkomingsgeschiedenis (deelvraag 1)
- Hoofdstuk 3 Uitleg Hoge Raad (deelvraag 2)
- Hoofdstuk 4 Feitenrechtspraak (deelvraag 3)
- Hoofdstuk 5 Conclusies en aanbevelingen (deelvraag 4 en 5)
- Hoofdstuk 6 Literatuurlijst
- Hoofdstuk 7 Jurisprudentielijst

2. Totstandkomingsgeschiedenis

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag: Hoe is de klachtplicht ex artikel 6:89 BW tot stand gekomen gelet op de parlementaire geschiedenis van het artikel? Door beantwoording van deze vraag wordt de gedachte achter de invoering door de wetgever van dit artikel duidelijk. De wijze waarop dit artikel is ontstaan staat beschreven in paragraaf 2.1. In paragraaf 2.2 is dieper ingegaan op het rechtszekerheidsbeginsel dat met de klachtplicht verband houdt.

2.1 Totstandkoming

De klachtplicht is sinds 1 januari 1992 te vinden in artikel 89 van Burgerlijk Wetboek 6. In het oude BW was in artikel 7A:1547 BW een vergelijkbare bepaling opgenomen:

“De regtsvordering, voortspuitende uit gebreken die de vernietiging van den koop ten gevolge hebben, moet door den koper aangelegd worden binnen eenen korten tijd, overeenkomstig den aard der gebreken, en met inachtneming der gebruiken van de plaats alwaar de koop gesloten is.”

Artikel 7A:1547 BW zag alleen toe op verborgen gebreken in geval van specieskoop. De rechtspraak paste het vóór 1992 ook toe op de levering van soortzaken.⁸ Dit gebeurde door ervan uit te gaan dat de schuldeiser stilzwijgend zijn recht om te reclameren heeft verspeeld, ofwel door een beroep op de regel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd.⁹

Het artikel in de huidige bewoording, is sinds het ontwerp door prof. mr. E.M. Meijers niet meer gewijzigd:

“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.”

Meijers lichtte toe dat dit artikel berust op de gedachte dat een schuldenaar er op moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt. Indien de prestatie niet beantwoordt aan de verbintenis, dan moet de schuldeiser dit, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededelen. Meijers zegt verder in zijn toelichting dat de tijd die de schuldeiser heeft, naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken moet worden beoordeeld. Vervolgens beschrijft hij dat de schuldeiser zijn recht om over de gebreken te klagen verspeelt, indien hij het onderzoek en de mededeling van het gebrek aan de schuldenaar achterwege laat.¹⁰

Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat het artikel bedoeld is om de schuldenaar te beschermen tegen te late klachten. De schuldenaar moet beschermd worden omdat hij anders bijvoorbeeld in een nadelige positie komt om de klacht te betwisten. De tijd die de schuldeiser heeft om zijn klacht bij de schuldenaar neer te leggen, zou beoordeeld moeten worden naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken. De HR volgt de wetgever hierin, omdat ook hij vindt dat de termijn

⁸ Asser/Hijma 7-I* 2013/99 e.v. Specieskoop ziet op geïndividualiseerde zaken, terwijl genuskoop ziet op soortzaken.

⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 317 (Toelichting-Meijers). Volgens Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012/408 ziet de te goeder trouw uitvoering van overeenkomsten, op het beginsel van rechtsverwerking; HR 8 juni 1928, NJ 1928 p. 1429 en HR 8 maart 1929, NJ 1929 p. 1387.

¹⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 316-317 (Toelichting-Meijers).

afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.¹¹ Onder de omstandigheden van het geval valt bijvoorbeeld ook de aard van de overeenkomst.

2.2 Rechtszekerheidsbeginsel

De totstandkomingsgeschiedenis laat zien dat de klachtplicht ziet op bescherming van de schuldenaar, omdat die erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt. In het arrest Amsing/Dijkstra, koppelt advocaat-generaal (hierna A-G) Wuisman deze bepaling aan het rechtszekerheidsbeginsel.¹² Hij schrijft dat het voor de schuldenaar belangrijk is, dat het voor hem snel nadat hij zijn prestatie heeft geleverd duidelijk is of hij nog rekening moet houden met aanspraken van de schuldeiser met betrekking tot de prestatie. Tevens kan hij door het tijdsverloop en voortgezet gebruik in een veel moeilijker positie komen om de klacht te betwisten. Ook komt het voor dat de schuldenaar in verband met het gebrek, op zijn beurt zich tot anderen moet richten zoals producenten of toeleveranciers. Als laatste noemt Wuisman dat het voor een ‘goed en ordelijk verloop van het handelsverkeer’ gewenst is dat er niet te lang onzekerheid blijft bestaan over eventuele acties uit een geleverde prestatie.

¹¹ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, r.o. 3.3.3 (*Pouw/Visser*).

¹² HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, (A-G Wuisman in zijn conclusie onder 3.7 e.v.) (*Amsing/Dijkstra*).

3. Uitleg Hoge Raad

Dit hoofdstuk geeft antwoord op de volgende deelvraag: Welke uitleg geeft de HR aan de klachtplicht ex artikel 6:89 BW in het kader van verbintenissen in het algemeen? Door het beantwoorden van deze vraag, kan een effectief onderzoek van de praktijk plaatsvinden. In paragraaf 3.1 wordt artikel 6:89 BW bekeken vanuit haar plaats in de wet. Paragraaf 3.2 gaat in op het leerstuk van rechtsverwerking en het verband daarmee met de klachtplicht. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 ingegaan op de overeenkomst tot aanneming van werk. Zoals duidelijk werd in het inleidende hoofdstuk, is tijdens dit onderzoek de focus gelegd op een vijftal onderwerpen, te weten: het gebrek, de klacht, de termijn, de belangenafweging en de stelplicht- en bewijslast. De uitleg die de HR aan voorgaande onderwerpen geeft, wordt achtereenvolgens in paragraaf 3.4 behandeld. Vervolgens wordt in de laatste paragraaf uitgelegd waar de focus op zal liggen in het navolgende hoofdstuk waarin het praktijkonderzoek centraal staat (paragraaf 3.5).

3.1 Wetssystematiek

Wanneer een schuldeiser zich beroept op zijn rechten op grond van een niet nagekomen verbintenis, kan de schuldenaar zich verweren met een beroep op de klachtplicht. De rechter past de klachtplicht niet ambtshalve toe.¹³ Indien de schuldenaar zich niet op dit artikel beroept, zal de rechter niet toekomen aan een toetsing of tijdig is geklaagd.

De klachtplicht vindt zijn plaats in afdeling 9, titel 1 van Burgerlijk Wetboek 6. Dit Burgerlijk Wetboek beslaat het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht. Afdeling 9 van titel 1 regelt de gevolgen van de niet nakoming van een verbintenis. Vanuit een wetssystematische benadering is dit artikel van toepassing op alle niet nagekomen verbintenissen. Het artikel maakt geen onderscheid tussen soorten overeenkomsten. Artikel 7:23 BW maakt wel onderscheid in soorten overeenkomsten. Artikel 7:23 BW is een precisering van artikel 6:89 BW.¹⁴ Omdat de artikelen 6:89 BW en 7:23 BW beide de schuldenaar beschermen tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten, heeft de HR overwogen dat ze dezelfde ratio hebben. De HR stelt in zijn arresten dat de overwegingen omtrent beide artikelen van overeenkomstige toepassing zijn.¹⁵

Er is een aantal punten waarop de artikelen verschillen. Artikel 7:23 BW vindt zijn plaats in titel 1 van Burgerlijk Wetboek 7 waarin bepalingen staan omtrent het niet nakomen van de verplichtingen zijdens verkoper. Het gaat hier meer specifiek in de gevallen van een koopovereenkomst.¹⁶ In dit artikel wordt onderscheid gemaakt tussen consumentenkoop en niet-consumentenkoop. In geval van een consumentenkoop, is in elk geval op tijd geklaagd indien deze klacht binnen twee maanden na ontdekking van het gebrek gebeurt.¹⁷

3.2 Rechtsverwerking

Na overschrijding van de klachttermijn kan de schuldeiser geen beroep meer doen op een gebrek in de prestatie. De termijn genoemd in dit artikel is een vervaltermijn.¹⁸ De grondslag hiervoor ligt in redelijkheid en billijkheid en houdt in dat de schuldeiser met het verstrijken van een bepaalde periode

¹³ HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4122, r.o. 3.5 (*Robinson/Molenaar*).

¹⁴ HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, r.o. 4.8.2 (*Ploum/Smeets I*).

¹⁵ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.2.2 (*Van de Steeg/Rabobank*).

¹⁶ Een internationaal gerelateerd artikel, is artikel 38 van het CISG (Contract for the international sale of goods), beter bekend als het Weens Koopverdrag. Het verdrag ziet op internationale koopovereenkomsten: Asser/Hijma 7-I* 2013/554; Parl. Gesch. Boek 7, p. 157 (Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer).

¹⁷ Artikel 7:23 lid 2 BW.

¹⁸ Parl. Gesch. Boek 7, p. 157 (Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer).

zijn rechten verspeelt.¹⁹ Artikel 6:89 BW moet opgevat worden als specifieke in de wet geregelde vorm van rechtsverwerking.²⁰ Het gevolg van een schending van de klachtplicht is dat de schuldeiser ieder vorderingsrecht verliest dat gegrond is op het niet-beantwoorden van de prestatie uit de verbintenis. Dit betekent dat de schuldeiser geen beroep meer kan doen op:

- Ontbinding;
- Schadevergoeding;
- Nakoming;
- Opschorting.²¹

Zelfs als grondslag van de vordering ligt in dwaling, of de onrechtmatige daad, vervallen deze rechten.²² De regeling wordt overigens hierom wel eens als ‘draconisch’ omschreven omdat de sanctie op een te late klacht te zwaar zou zijn, vooral wanneer de schuldenaar bekend was met het gebrek.²³

Verjaring

Naast rechtsverwerking, zorgt ook verjaring voor het verlies van rechten van de schuldenaar. Schending van de klachtplicht zorgt voor verval van ieder vorderingsrecht (het materiële recht dat volgt uit de verbintenis), terwijl in geval van verjaring enkel de rechtsvordering vervalt (het recht om de materiële aanspraak te effectueren door het starten van bijvoorbeeld een procedure).²⁴ Verjaring heeft hierom ‘zwakke werking’ terwijl de klachtplicht (doordat het een vervalttermijn betreft) een ‘sterke werking’ heeft omdat het gehele vorderingsrecht vervalt.²⁵ De algemene regels omtrent verjaring zijn te vinden in de artikelen 3:307 t/m 3:311 BW. Hierin staat een standaard verjaringstermijn van vijf jaar (enkele uitzonderingen van een termijn van drie jaar uitgesloten). De vervalttermijn van de klachtplicht ex 6:89 BW is rekbaar, maar is zelden boven de drie of vijf jaren en is – in tegenstelling tot een verjaringstermijn – niet te stuiten.²⁶ Door de verjaringstermijn te stuiten, houdt de schuldeiser zich voorbehouden nog een aanspraak te doen op zijn rechtsvorderingen uit hoofde van de verbintenis.²⁷ Als de klachtplicht (de vervalttermijn) én een verjaringstermijn beide van toepassing zijn op een geval, zal een beroep door de schuldenaar op de klachtplicht eerder slagen, daar het recht reeds is vervallen voordat verjaring aan de orde is.²⁸ Hier wordt in paragraaf 3.3 dieper op ingegaan.

Overigens is het verbintenissenrecht niet het enige rechtsgebied waar een bepaling zoals de klachtplicht te vinden is. Ook in andere rechtsgebieden zijn regels omtrent het verliezen van recht na verloop van tijd te vinden. Zo kent het strafrecht verjaringstermijnen en kunnen bestuursrechtelijke vorderingen verjaren.²⁹

¹⁹ Jansen, TOP 2013/5, p. 167.

²⁰ HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, r.o. 5.6.3 (*Far Trading/Edco Eindhoven*).

²¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/406.

²² HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, r.o. 4.8.2 (*Ploum/Smeets I*), over een rechtsvordering uit hoofde van bedrog is in de literatuur vooralsnog veel onduidelijkheid. Zie in dit kader Schelhaas, NTBR 2013/2, p. 52-54.

²³ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, (P-G De Vries Lentsch-Kostense in zijn conclusie onder 15) (*Kramer/Van Lanchot*). In het Romeinse recht werd in gevallen van een beroep op non-conformiteit bij koopovereenkomsten wél een verschil gemaakt in de kennis van het gebrek bij de schuldeiser: Verhoeven, NTBR 2010/21.

²⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/32.

²⁵ Rutten, MvV 2015/6, p. 169.

²⁶ Smeehuijzen, 2014.

²⁷ Artikel 6:317 BW.

²⁸ Smeehuijzen, 2014.

²⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 70 WvSr en artikel 4:104 Awb.

3.3 Overeenkomst tot aanneming van werk

Aanneming van werk houdt in dat een aannemer zich jegens een opdrachtgever verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen (artikel 7:750 BW). Deze prestatie moet de opdrachtgever aan de aannemer in geld betalen. In artikel 7:761 BW is een verjaringstermijn van twee jaar opgenomen in het kader van een overeenkomst tot aanneming van werk. Deze verjaringstermijn houdt in dat de rechtsvordering wegens een gebrekkige prestatie na een verloop van twee jaren verjaart nadat de opdrachtgever ter zake van het gebrek heeft geprotesteerd. Deze verjaringstermijn veronderstelt dus een protest. Wanneer een beroep op de schending van de klachtplicht ex artikel 6:89 BW slaagt, betekent dit dat de opdrachtgever alle rechtsvorderingen ten aanzien van het gebrek verliest. Aan de vraag omtrent verjaring wordt niet toegekomen omdat de rechten reeds zijn vervallen vóórdat de verjaringstermijn is gestart.³⁰ Dit onderzoek is te kort om verder op deze doorkruising van de verval- en verjaringstermijn in te gaan.

De aard en inhoud van de rechtsverhouding alsmede de aanwezigheid van juridische kennis moeten meegewogen worden in een oordeel of tijdig is geklaagd in de zin van artikel 6:89 BW. In 2013 wees de HR drie arresten waarin de klachtplicht onderwerp was in het licht van beleggingsadviesrelaties.³¹ In de drie arresten rees de vraag of de cliënten tijdig hun beklag hadden gedaan bij de bank, die voor hen handelde in aandelen. De bank wordt in beleggingsadviesrelaties gezien als een bij uitstek deskundige dienstverlener en om die reden rust op de bank een zodanige bijzondere zorgplicht. Bij de cliënt daarentegen ontbreekt een zodanige professionaliteit en deskundigheid, waardoor van hem niet wordt gevergd dat hij de juridische kennis bezit zodat hij op de hoogte zou zijn dat op de bank een zodanige plicht rust.

In de conclusie van A-G M.H. Wissink in het arrest Van de Steeg/Rabobank, citeert Wissink, P-G De Vries Lentsch-Kostense.³² De Vries Lentsch-Kostense gaf in zijn conclusie in het arrest Kramer/Van Lanschot aan dat de aard van de overeenkomst en de prestatie ook omstandigheden zijn waar rekening mee gehouden dient te worden.³³ Hij zei dat de klachtplicht niet los kan worden gezien van de aard van de overeenkomst en de geleverde prestatie (alsmede de overige omstandigheden van het geval), omdat daarvan afhankelijk is wat de schuldeiser kan en moet doen om een ‘voldoende mate van waarschijnlijkheid vastgestelde tekortkoming’ te ontdekken en hiervan een klacht in te dienen bij de schuldenaar. In het arrest Ploum/Smeets II overweegt de HR dat hoe meer de schuldeiser op grond van de overeenkomst erop mag vertrouwen dat de prestatie beantwoordt aan de overeenkomst, hoe minder snel een onderzoek mag worden verwacht. De schuldeiser mag in het algemeen vertrouwen op de mededelingen die de schuldenaar hem doet, al helemaal als deze mededelingen gezien kunnen worden als geruststellende verklaringen in verband met bepaalde vereisten aan de prestatie.³⁴

Kritiek op de klachtplicht

Hiervoor is reeds geschreven dat de klachtplicht wel als draconisch wordt omschreven. Er is kritiek geuit op het alles-of-niets karakter van het artikel. Enerzijds omdat meteen elk recht vervalt wanneer een beroep op schending van artikel 6:89 BW slaagt en anderzijds omdat het ook van toepassing is

³⁰ Bijloo, www.blog.euroforum.nl, 2015.

³¹ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, (*Van de Steeg/Rabobank*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, (*Kramer/Van Lanschot*) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, (*Van Lanschot/Grove*).

³² HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, (A-G M.H. Wissink in zijn conclusie onder 2.3) (*Van de Steeg/Rabobank*); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, (*Kramer/Van Lanschot*).

³³ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, (P-G De Vries Lentsch-Kostense in zijn conclusie onder 9) (*Kramer/Van Lanschot*).

³⁴ HR 25 maart 2001, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, r.o. 3.3.2 (*Ploum/Smeets II*).

indien de schuldenaar bewust een gebrekkige prestatie heeft geleverd, aldus Asser/Hartkamp & Sieburg 6-1* 2012/408. In deze tekst wordt in dit kader tevens verwezen naar Tjittes, *RMThemis* 2007, p. 15 e.v.; Hartlief & Bollen, *NJB* 2009, p. 2192 e.v. en M. Van Rossum, *NJB* 2011, p. 1616 e.v.

3.4 Klachtplicht volgens de HR

In deze paragraaf wordt achtereenvolgens weergegeven welke uitleg de HR geeft aan de vijf onderwerpen.

3.4.1 Het gebrek

Het gebrek ziet op een ondeugdelijk nakoming van een verbintenis door de schuldenaar. In een van zijn arresten heeft de HR overwogen dat artikel 6:89 BW niet van toepassing is daar waar in zijn geheel niet is nagekomen. De HR kwam tot deze overweging gelet op de strekking van het artikel om de schuldenaar te beschermen tegen te late klachten.³⁵ Tevens valt gelet op de bewoordingen waarin de bepaling is gesteld, af te leiden dat het slechts gaat om de gevallen waar ‘een gebrek in de prestatie’ zit en dus niet op gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht.³⁶ Het gebrek hoeft bovendien niet alleen een feitelijk gebrek te zijn, maar kan ook een rechtsgebrek zijn.³⁷ In geval van een rechtsgebrek zal in dat geval de bepaling met voorzichtigheid moeten worden toegepast (omdat het artikel eigenlijk ziet op een feitelijk gebrek).³⁸ Het onderzoek of de prestatie voldoet aan de verbintenis dient, met het oog op de bescherming van de schuldenaar, door de schuldeiser te worden ingesteld en uitgevoerd met de voortvarendheid die gelet op de omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden gevergd.³⁹ Hierbij overweegt de HR dat de aard, ernst en de waarneembaarheid van het gebrek, alsmede de wijze waarop het gebrek aan het licht treedt, omstandigheden zijn die meegewogen moeten worden in de toets of tijdig is geklaagd. In het arrest Ploum/Smeets II zei de HR dat de ernst van de tekortkoming mee kan brengen dat een nalatigheid van de schuldeiser om tijdig te klagen hem niet kan worden tegengeworpen.⁴⁰ Indien de tekortkoming niet met gemak te waarnemen is, kan niet verwacht worden dat de schuldeiser het gebrek binnen korte tijd ontdekt of ontdekt zou moeten hebben. In bepaalde gevallen zal zelfs een inspectie van een deskundige gewenst zijn, waarop in wordt gegaan in paragraaf 3.4.3.

3.4.2 De klacht

Het protest is in principe vormvrij. De HR heeft echter ten aanzien van dit protest, in zijn arrest Kortenhorst/Van Lanschot nadere uitleg gegeven.⁴¹ De schuldeiser dient zijn wederpartij, voor zover mogelijk, te informeren over de gestelde aard of omvang van de tekortkoming. Overwogen wordt dat het gaat om de vraag of de schuldeiser in het specifieke geval had moeten begrijpen dat ter zake van een bepaald gebrek wordt geklaagd. Alleen de mededeling van de aanwezigheid van een gebrek is niet afdoende. Vervolgens is het aan de feitenrechter om te beoordelen of een klacht voldoende duidelijk maakt over welk gebrek is geprotesteerd.

3.4.3 De termijn

De plicht om binnen bekwame tijd te klagen, start wanneer het gebrek feitelijk wordt ontdekt, of wanneer de schuldeiser het gebrek had moeten ontdekken. Hierbij is niet van belang dat de schuldeiser zeker weet dat er een gebrek in de prestatie zit. De klachtplicht ontstaat zodra sprake is van een ‘met

³⁵ Par. Gesch. Boek 6, p.316-317 (Toelichting-Meijers).

³⁶ HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, r.o. 4.3 (*Brocacef/Simons*).

³⁷ Spoormans & Neering, TOP 2013/6, p. 25.

³⁸ Asser/Hijma 7-I* 2013/543b.

³⁹ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, r.o. 3.3.3 (*Pouw/Visser*).

⁴⁰ HR 25 maart 2001, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, r.o. 3.3.2 (*Ploum/Smeets II*).

⁴¹ HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, r.o. 3.5 (*Kortenhorst/Van Lanschot*).

voldoende mate van waarschijnlijkheid vastgestelde tekortkoming'.⁴² De termijn waarbinnen een gebrek ontdekt moet worden, vangt aan wanneer de prestatie reeds is geleverd. Pas dan is de schuldeiser in de gelegenheid zijn plicht tot onderzoek uit te voeren. Er zijn gevallen denkbaar waarin de schuldeiser vóór het presteren van de schuldenaar in de gelegenheid wordt gebracht gevolg te geven aan zijn onderzoeksplicht. In dat geval zal de schuldeiser direct moeten protesteren over de gebreken die hij bij die inspectie ontdekt.⁴³

De klachtplicht geldt overigens niet slechts voor de oorspronkelijke prestatie van de schuldenaar, maar ook voor de prestatie bestaande uit het herstel van het gebrek of de gebreken. Na herstel zal de schuldeiser ook tijdig moeten protesteren als hij opnieuw gebreken ontdekt.⁴⁴ Het moment van ontdekken van het 'eerste' gebrek, kan tevens de aanvang zijn voor een onderzoekstermijn om te ontdekken of er nog andere gebreken zitten in de geleverde prestatie.⁴⁵ Indien met dit onderzoek opnieuw gebreken aan het licht komen, hoeft de schuldeiser niet binnen dezelfde termijn als voor de aanvankelijke ontdekte gebreken te klagen.⁴⁶

In de klachtplicht zijn twee rekbare termijnen te herkennen. Ten eerste de periode waarbinnen een gebrek ontdekt wordt of zou moeten worden. Ten tweede een periode waarbinnen geklaagd moet worden. Sinds de arresten van 2013 spreekt de HR niet meer over een mededelingsplicht en een onderzoeksplicht, maar over een mededelingstermijn en een onderzoekstermijn.⁴⁷ Nadat de termijn voor het ontdekken van het gebrek is verstreken, begint logischerwijs de termijn te lopen waarbinnen de schuldeiser kennis moet geven van het gebrek aan de schuldenaar. Een vaste termijn kan hierbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.⁴⁸ De twee termijnen worden niet apart getoetst, maar de HR toetst de twee termijnen als één geheel. P-G De Vries Lentsch-Kostense zegt in zijn conclusie bij het arrest Kramer/Van Lanschot dat de tijd die de schuldeiser heeft om te klagen, op zijn beurt weer afhangt van de onderzoekstermijn.⁴⁹ De vraag of de schuldeiser binnen bekwame tijd heeft gereclameerd over gebreken in de prestatie, kan niet in algemene zin worden beantwoord.⁵⁰ Volgens de HR zijn de mededelingstermijn en onderzoekstermijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

In het arrest Van de Steeg/Rabobank ging de HR in het oordeel of schuldeiser tijdig heeft geklaagd in op de rol van de verstreken termijn: "De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend."⁵¹

Deskundigenonderzoek

Een onderzoek door een deskundige kan onder omstandigheden voor beantwoording van de vraag of de prestatie aan de overeenkomst beantwoordt, nodig zijn. In principe mag de schuldeiser de uitslag

⁴² HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, r.o. 3.3.2 (*Ploum/Smeets II*).

⁴³ Parl. Gesch. Boek 6, p. 317 (Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3520, r.o. 4.1.2 (*Werkvoorziening/Oldenhoeck*).

⁴⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/408; HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850 r.o. 3.4 (*Amsing/Dijkstra*).

⁴⁵ Spoormans & Neering, TOP 2013/7, p. 24; HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617 r.o. 3.5 (*Pouw/Visser*).

⁴⁶ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617 r.o. 3.5 (*Pouw/Visser*).

⁴⁷ Spoormans & Neering, TOP 2013/6, p. 24.

⁴⁸ HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, r.o. 3.3.2 (*Ploum/Smeets II*).

⁴⁹ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, (P-G De Vries Lentsch-Kostense in zijn conclusie onder 9) (*Kramer/Van Lanschot*).

⁵⁰ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, r.o. 3.3.2 (*Pouw/Visser*).

⁵¹ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.2.6 (*Van de Steeg/Rabobank*).

van dit onderzoek afwachten zonder de schuldenaar van het onderzoek op de hoogte te brengen. Wanneer echter verwacht mag worden dat het onderzoek langer duurt, of dat dit tijdens het onderzoek blijkt, moet de schuldeiser de schuldenaar hierover waarschuwen en de verwachte duur van het onderzoek aangeven.⁵² Onder welke omstandigheden het inschakelen van een deskundige redelijk is (en hoelang dit onderzoek vervolgens mag duren), hangt af van de deskundigheid van de schuldeiser.⁵³ Ter aanvulling overweegt de HR bovendien dat van de schuldeiser minder snel een (voortvarend) onderzoek mag worden verwacht, wanneer hij op grond van de inhoud van de overeenkomst en verdere omstandigheden van het geval sterker erop mag vertrouwen dat het geleverde in orde is. Bovendien mag een gebrek aan (tijdige) medewerking van derden ten behoeve van het deskundigenonderzoek niet zonder meer voor rekening van de schuldeiser komen.⁵⁴

3.4.4 De belangenafweging

De belangen van de partijen zijn een van de belangrijkste omstandigheden die bepalen of de schuldeiser tijdig zijn beklag heeft gedaan. Deze belangenafweging kwam al voor in de arresten Pouw/Visser uit 2007 en Ploum/Smeets II uit 2011.⁵⁵ In het arrest Pouw/Visser overwoog de HR dat “de mate waarin de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn een relevante omstandigheid is bij de beantwoording op de vraag of tijdig is geklaagd”. Vervolgens gaat de HR een stapje verder in het arrest Ploum/Smeets II: “Het is in belangrijke mate bepalend in hoeverre de belangen van de verkoper al dan niet zijn geschaad. Als de belangen niet zijn geschaad, is er ‘niet spoedig’ voldoende reden de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten.” In het arrest Van de Steeg/Rabobank ging de HR opnieuw een stap verder. Hij omschreef de belangenafweging als volgt: “(...) bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van artikel 6:89 BW is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld – te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend.”⁵⁶

Allereerst bepaalt de HR dat de belangen van de partijen een ‘relevante omstandigheid’ is. Vervolgens zegt de HR dat de belangenafweging ‘in belangrijke mate bepalend’ is. Uiteindelijk concretiseert de HR de belangenafweging, door te stellen dat dit zwaarder weegt dan de tijd die door de schuldeiser is genomen om te klagen. In de rechtspraak wordt steeds meer belang gehecht aan de belangenafweging. Mr. D.F. Spoormans en mr. V.M. Neering merken hierbij terecht op dat de belangenafweging zwaarder lijkt te wegen dan het tijdsaspect. De klachttermijn verandert volgens hen van een termijntoets, naar een belangentoets.⁵⁷

3.4.5 De stelplicht en bewijslast

In artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering staat dat de partij die zich beroept op een rechtsgevolg, zijn stelling moet bewijzen. In het arrest Ploum/Smeets I overwoog de HR echter dat

⁵² Parl. Gesch. Boek 7, p. 157.

⁵³ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, r.o. 3.4.4 (*Pouw/Visser*).

⁵⁴ HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, r.o. 3.3.2 (*Ploum/Smeets II*).

⁵⁵ HR 25 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7616, r.o. 3.3.4 (*Pouw/Visser*); HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, r.o. 3.3.2 (*Ploum/Smeets II*).

⁵⁶ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.2.6 (*Van de Steeg/Rabobank*).

⁵⁷ Spoormans & Neering, TOP 2013/6, p. 27.

ten aanzien van de klachtplicht, de stelplicht en bewijslast rusten op de schuldeiser.⁵⁸ Deze overweging kreeg in de literatuur veel kritiek, omdat de bewijslast volgens de hoofdregel moet liggen op degene die stelt, en in casu dus een ‘bevrijdend verweer’ voert.⁵⁹ De HR heeft vervolgens in het arrest Kramer/Van Lanschot uitgelegd hoe hij deze overweging heeft bedoeld. De stelplicht en bewijslast moeten namelijk pas aan de orde komen indien de schuldenaar het verweer voert dat niet tijdig is geklaagd. De schuldeiser dient in het geval zulk verweer gevoerd wordt, gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat en op welk moment is geklaagd.⁶⁰

3.5 Onderzoek feitenrechtspraak

Na onderzoek van literatuur en arresten van de HR is besloten dat de focus voor het praktijkonderzoek zal liggen op de volgende onderwerpen:

- Het gebrek
- De klacht
- De termijn
- De belangenafweging
- De stelplicht en bewijslast

Tijdens het praktijkonderzoek zal de nadruk liggen op voornoemde onderwerpen.

⁵⁸ HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, r.o. 4.8.4 (*Ploum/Smeets I*).

⁵⁹ E.M. van Orsouw, Bb 2013/36, p. 4.

⁶⁰ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, r.o. 3.6 (*Kramer/Van Lanschot*).

4. Feitenrechtspraak

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag: Hoe wordt een verweer door een aannemer op het niet tijdig klagen ex artikel 6:89 BW getoetst door de feitenrechter? In paragraaf 3.5 werd duidelijk dat het onderzoek zich richt op vijf onderwerpen. In de eerste paragraaf (paragraaf 4.1) is een analyse van uitspraken weergegeven. Achtereenvolgens worden de volgende onderwerpen behandeld: het gebrek (paragraaf 4.1.1), de klacht (paragraaf 4.1.2), de termijn (paragraaf 4.1.3), de belangenafweging (4.1.4) en de stelplicht en bewijslast (paragraaf 4.1.5). Per onderwerp wordt een tussenconclusie gegeven om zo meer overzicht te creëren. In paragraaf 4.2 zijn bevindingen opgenomen die niet bij de voorgaande onderwerpen, of categorieën geplaatst kunnen worden. In het voorgaande hoofdstuk werden de termen schuldenaar en schuldeiser gebruikt. Voor dit hoofdstuk is gekozen voor de termen opdrachtgever en aannemer omdat het praktijkonderzoek zich richt op overeenkomsten tot aanneming van werk.

4.1 Analyse uitspraken en arresten

In deze paragraaf is een analyse weergegeven van 16 uitspraken. Deze uitspraken zijn gewezen in conflicten over de uitvoering van overeenkomsten tot aanneming van werk waar de aannemer een beroep heeft gedaan op schending van de klachtplicht.

4.1.1 Het gebrek

De HR overweegt dat de aard, ernst en de waarneembaarheid van het gebrek, alsmede de wijze waarop het gebrek aan het licht treedt, omstandigheden zijn die meegewogen moeten worden in de toets of tijdig is geklaagd. Bestudering van feitenrechtspraak laat zien dat dat de rechter niet altijd in gaat op voornoemde omstandigheden. In één van de uitspraken was het gebrek in casu een slechte staat van een dak. De aannemer had de staat van het dak als ‘redelijk’ gekwalificeerd, terwijl een expertiserapport later uitwees dat het dak er slechter aan toe was dan de aannemer beweerde. Vier maanden na de kwalificatie van de aannemer volgde een klacht van de opdrachtgever. Vervolgens voerde de aannemer het verweer dat hij is geschaad in zijn belangen, omdat na een tijdsverloop van vier maanden niet meer bepaald kon worden wat de staat van het dak was ten tijde van de kwalificatie ‘redelijk’ die hij had gegeven. De rechter bepaalde dat de aannemer niet is geschaad in zijn belangen, omdat de staat van een dak in vier maanden niet zodanig kon verslechteren dat het zo in kwaliteit is afgenomen.⁶¹ Een beroep op de klachtplicht door de aannemer slaagt daarom niet. In een andere uitspraak vorderde een opdrachtgever vier jaren na de oplevering schadevergoeding omdat het buitenschilderwerk van huisgevels niet deugdelijk volbracht zou zijn. De rechter nam in zijn beoordeling of tijdig is geklaagd mee dat buitenschilderwerk door lange blootstelling aan weersomstandigheden vaak verslechtert. Na vier jaar kon niet meer vastgesteld worden of de aannemer het schilderwerk niet goed heeft opgeleverd of dat de weersomstandigheden voor het gebrek hebben gezorgd.⁶²

In de twee voornoemde uitspraken is de aard van het gebrek meegenomen in de beslissing of de schuldeiser tijdig zijn beklag heeft gedaan. In de overige onderzochte uitspraken nam de rechter de aard, ernst of de waarneembaarheid van het gebrek niet mee in de beoordeling of de klacht al dan niet tijdig was. Overigens werd bij het zoeken naar bruikbare uitspraken in drie gevallen een beroep

⁶¹ Rechtbank Rotterdam 15 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:162, r.o. 3.2.

⁶² Rechtbank Noord-Holland 29 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5105, r.o. 5.4.

gedaan op de klachtplicht waar in zijn geheel niet nagekomen was.⁶³ De rechter legde in deze gevallen summier uit waarom een toets of tijdig is geklaagd uitblijft.

Tussenconclusie

Geconcludeerd kan worden dat de feitenrechter het gebrek niet in elk oordeel meeneemt. Uit de analyse valt af te leiden dat indien een gebrek erg kan verslechteren door het verstrijken van een termijn, dit meespeelt in het oordeel hoeveel tijd de opdrachtgever mag nemen om te klagen. Op deze manier hangt de termijn die aanvaardbaar is af van de aard van het gebrek.

Ook de waarneembaarheid van het gebrek en de wijze waarop het gebrek aan het licht treedt zijn omstandigheden waar de HR over spreekt. Te verdedigen valt dat de termijn om te klagen niet heel lang mag zijn indien het gebrek gemakkelijk te ontdekken is. Een voorbeeld zou zijn dat de termijn waarbinnen ontdekt mag worden dat tegels overduidelijk scheef gelegd zijn, niet lang mag zijn (indien dit de enige omstandigheid is waar de rechter rekening mee houdt). Anderzijds is het niet logisch om te verwachten dat een opdrachtgever binnen een maand ontdekt dat het rookkanaal in de muur van een open haard niet in orde is, omdat dit niet gemakkelijk is waar te nemen.

4.1.2 De klacht

Zoals in paragraaf 3.4.2 is uitgelegd, heeft de HR geen vormvereiste voor het protest, of de klacht, gegeven. Van belang is of de aannemer aan de hand van een uiting van de opdrachtgever kan begrijpen dat ter zake van een bepaald gebrek wordt geklaagd. Hierom moet het protest de gestelde aard of omvang van het gebrek duidelijk maken.

Een studie van de uitspraken laat zien dat er nogal eens discussie was over het moment waarop een handeling als een uiting van een klacht kan worden gezien. In één van de uitspraken beweerde de opdrachtgever dat hij zijn beklag had gedaan in een brief. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde echter dat de inhoud van de brief niet specifiek verwees naar het gebrek dat onderwerp van discussie was, maar naar een ander gebrek.⁶⁴ In een andere uitspraak besliste de rechter dat de klacht per brief, die volgde na vijf à zes maanden na de ontdekking van het gebrek een (tijdig) protest was. De opdrachtgevers hadden na het verstrijken van nog maar drie maanden de aannemer al uitgenodigd om het gebrek te bezichtigen, maar de aannemer betwistte dat deze uitnodiging hem had bereikt. In deze uitspraak besliste de rechter dat de klacht per brief als protest kon worden gezien, maar niet de bezichtiging die eraan vooraf ging.⁶⁵ De rechter in Zeeland-West-Brabant boog zich over de vraag of een klacht als protest in de zin van artikel 6:89 BW gezien kon worden, indien het gebrek alleen vermeld stond in het bijgevoegde expertiserapport. De klacht stond namelijk niet in de aansprakelijkheidstelling zélf vermeld. De rechter besloot dat de brief inclusief bijlagen voldoende duidelijk maakte wat de aard en omvang van het gebrek waren.⁶⁶

In artikel 6:89 BW staat letterlijk dat de schuldeiser (de opdrachtgever) ter zake moet klagen bij de schuldenaar (de aannemer). Het protest moet de aannemer dus bereiken. De Rechtbank Amsterdam oordeelde dan ook dat de opdrachtgever tijdig had geklaagd, ondanks dat de aannemer de klacht nooit had ontvangen. De aannemer had in een overeenkomst een andere contactpersoon opgegeven, waardoor de opdrachtgever ervan uit mocht gaan dat correspondentie via de opgegeven contactpersoon zou verlopen.⁶⁷ De Rechtbank Rotterdam besliste dat direct al bij de oplevering van een badkamer een beklag is gedaan over het opgeleverde werk. In deze zaak lijkt de rechter het tevens

⁶³ Rechtbank Rotterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10907, r.o. 6.3; Rechtbank Noord-Nederland 8 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:122, r.o. 4.4 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:316, r.o. 3.9.2.

⁶⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0773, r.o. 5.10.

⁶⁵ Rechtbank Rotterdam 15 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:162, r.o. 4.7.

⁶⁶ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3218, r.o. 4.4.

⁶⁷ Rechtbank Amsterdam 9 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7729, r.o. 4.7.

een sterk punt te vinden dat de opdrachtgevers meerdere keren hun beklag hebben gedaan bij de aannemer. De rechter oordeelde dan ook dat het protest tijdig was.⁶⁸ Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, oordeelde dat de bespreking na de oplevering direct als protest kon worden gezien. In de bespreking die plaatsvond naar aanleiding van de oplevering, werd geen overeenstemming bereikt tussen de opdrachtgever en de aannemer over de kwaliteit van het opgeleverde werk. Direct bij dit gesprek heeft opdrachtgever aangegeven de staat van het werk waarin het verkeerde niet te accepteren: het Hof oordeelde dat dit het protest was.⁶⁹ Rechtbank Noord-Holland oordeelde echter anders. Vóór de ingebrekestelling was al contact geweest over enkele gebreken. Dit werd door de rechter niet als een echt protest gezien en overweegt dat de opdrachtgever tijdens dat contact niet duidelijk zijn beklag heeft gedaan. Het had namelijk volgens de rechter voor de hand gelegen dat de opdrachtgever in dat eerdere contact zijn protest had gedaan. Het beroep van de aannemer op de klachtplicht slaagt, de rechter overwoog dat niet tijdig is geklaagd.⁷⁰

Tussenconclusie

De analyse laat zien dat de opdrachtgever een duidelijke klacht neer moet leggen bij de aannemer en dat de klacht de aannemer moet bereiken. De plicht om te stellen dat en wanneer is geklaagd ligt bij de schuldeiser, de opdrachtgever, indien de aannemer zich verweert door te stellen dat niet tijdig is geklaagd. Het is vervolgens aan de aannemer om dit gemotiveerd te betwisten. Uit de analyse blijkt dat de aannemer dit niet altijd doet. Indien de aannemer niet betwist dat het protest hem tijdig heeft bereikt, oordeelt de rechter meestal dat de klacht tijdig gedaan is. Omdat de rechter vast moet stellen wanneer het protest heeft plaatsgevonden, moet eerst onderzocht worden welke handeling als klacht kan worden gezien. Als de opdrachtgever bij een bezichtiging na de oplevering al aangeeft dat hij een bepaalde staat niet accepteert en dit duidelijk tegen de aannemer zegt, kan dit al als protest worden beschouwd. Beter is echter om de klacht schriftelijk bij de aannemer neer te leggen, omdat het niet gemakkelijk is om een mondelinge klacht te bewijzen. In het protest moeten de aard en de omvang van het gebrek duidelijk zijn. Uit analyse blijkt dat de rechter dit daadwerkelijk onderzoekt. De feitenrechter onderzoekt of bij de bezichtiging de klachten duidelijk zijn geworden bij de aannemer. Het gaat er immers om dat de aannemer moet begrijpen dat ter zake van een bepaald gebrek wordt geklaagd. Een ingebrekestelling wordt doorgaans als klacht gezien. Toch is het echter casuïstisch op welk moment een handeling als klacht worden gezien. Soms vindt de rechter dat alvorens een officieel protest wordt gedaan, de aannemer door contact over en weer (bijvoorbeeld telefonisch- of e-mailcontact over de kwaliteit) ervan mag uitgaan dat een klacht zal volgen. Dan kan de rechter oordelen dat al vóór bijvoorbeeld de ingebrekestelling, het protest de aannemer bereikt heeft. Indien een opdrachtgever aangeeft over het algemeen niet tevreden te zijn over het resultaat, moet de aannemer verwachten dat een klacht zal volgen. Deze uiting van algemene ontevredenheid is niet voldoende om dit te beschouwen als protest. Tevens moet de klacht de aannemer bereiken. Indien in de overeenkomst een contactpersoon voor de aannemer genoemd zou staan, wordt het de opdrachtgever niet kwalijk genomen als de contactpersoon de klacht niet doorgeeft aan de aannemer.

4.1.3 De termijn

De HR heeft bepaald dat een vaste termijn waarbinnen geklaagd moet worden niet kan worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt. Uit een analyse van de uitspraken valt op dat wanneer de opdrachtgever binnen vijf maanden klaagt, hij doorgaans op tijd is met zijn klacht. In de uitspraak van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde het Hof dat de opdrachtgever na vier maanden tijdig had geklaagd. In casu had de aannemer het verkeerde bouw materiaal besteld. Omdat de aannemer door

⁶⁸ Rechtbank Rotterdam 22 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9749, r.o. 5.10.

⁶⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7330, r.o. 5.63.

⁷⁰ Rechtbank Noord-Holland 17 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4681, r.o. 4.4.

correspondentie met een andere partij de schijn had gewekt dat het juiste materiaal was besteld, behoeft de opdrachtgever niet te vermoeden dat iets aan de bestelling niet klopte. Zodra het verkeerde materiaal geleverd werd en de opdrachtgever hierachter kwam, heeft hij direct geklaagd bij de aannemer. Hier heeft de (onbewuste) geruststellende handeling van de aannemer ervoor gezorgd dat niet verwacht werd van de opdrachtgever dat hij eerder gehoor zou geven aan zijn onderzoeksplicht.⁷¹ Er was echter een zaak waarin een termijn van meer dan twaalf maanden als tijdig werd gezien. In casu was het gebrek een rookkanaal van een houtkachel. Begin 2008 werden de werkzaamheden door de aannemer beëindigd, werd het werk opgeleverd en in het najaar van 2008 heeft de opdrachtgever zich laten geruststellen door de aannemer wat betreft het rookkanaal van de open haard. In het najaar van 2009 heeft de opdrachtgever een houtkachel gekocht en een deskundige laten kijken naar het vermeende gebrek in het rookkanaal van de houtkachel. Toen kwam het gebrek aan het licht en heeft de opdrachtgever direct geprotesteerd bij de aannemer. Hier was een tijd van bijna anderhalf jaar verstreken. Toch werd de klacht als tijdig gezien vanwege de geruststellende mededelingen van de aannemer t.a.v. een gelijksoortig gebrek.⁷²

In vier van de zestien uitspraken oordeelde de rechter dat de termijn om een klacht neer te leggen overschreden was. In een zaak waar een aannemer gebrekkig metselwerk had geleverd, oordeelde het Hof dat de brief met klacht na bijna twee jaar niet als tijdig gezien kon worden. De opdrachtgever beweerde dat hij een brief met daarin een protest heeft verzonden aan de aannemer. De aannemer betwistte dat hij deze had ontvangen, maar zelfs als deze brief als protest gezien kon worden, zou dit te laat bij de aannemer bekend zijn. Het lag namelijk voor de hand dat de opdrachtgever eerder een duidelijk protest zou doen bij de aannemer.⁷³ De rechtbank in Rotterdam oordeelde in een zaak over een defect alarmsysteem, dat de klacht na twee maanden niet tijdig was. De aannemer had voor een prijs van € 100,- een muur behangen en daarvoor een alarmsysteem gedemonteerd en later opnieuw gemonteerd op de muur. De opdrachtgever zou het gebrek diezelfde dag ontdekt hebben, maar pas na twee maanden zijn beklag hebben gedaan bij de aannemer. In deze zaak liet de rechter ook meewegen dat een schade van € 1.000,- niet reëel is ten opzichte van de prijs die is betaald voor het werk dat de aannemer had verricht.⁷⁴ Rechtbank Noord-Holland besliste dat de opdrachtgever in kwestie na twee maanden te laat was met zijn klacht. Hij had vóór het protest (de ingebrekestelling) genoeg contact gehad met de aannemer, waarin hij zijn protest had kunnen doen. Het had voor de hand gelegen eerder de klacht bekend te maken.⁷⁵ In een zaak waar het gebrek buitenschilderwerk betrof, oordeelde Rechtbank Noord-Holland dat de klacht na vier jaar niet tijdig was.⁷⁶ De Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde overigens dat een protest na maar liefst tien maanden tijdig was. In casu had opdrachtgever twee maanden na oplevering een deskundigenonderzoek ingesteld en de aannemer hiervan op de hoogte gesteld. De klacht kwam weliswaar tien maanden later, maar de aannemer was al op de hoogte over welk gebrek het ging.⁷⁷

Tussenconclusie

Op basis van de analyse kan geconcludeerd worden dat de termijn waarbinnen geklaagd moet worden doorgaans tijdig is, wanneer deze korter is dan vijf maanden. Wat opvalt uit de analyse is dat wanneer de gehanteerde termijn korter is dan deze periode, de rechter korthedshalve spreekt van ‘tijdig klagen’

⁷¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6779, r.o. 5.12.

⁷² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4235, r.o. 3.15.

⁷³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0773, r.o. 5.10.

⁷⁴ Rechtbank Rotterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7887, r.o. 3.3.

⁷⁵ Rechtbank Noord-Holland 17 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4681, r.o. 4.4.

⁷⁶ Rechtbank Noord-Holland 29 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5105, r.o. 5.4.

⁷⁷ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3218, r.o. 4.4.

zonder hier al te veel woorden aan vuil te maken. Pas wanneer de termijn langer dan vijf maanden is, gaat de rechter dieper in op omstandigheden om te bepalen of tijdig geklaagd is.

Uit de analyse komen twee uitspraken naar voren waarin de termijnen korter dan vijf maanden als niet tijdig werden gezien. In beide zaken waren de opdrachtgevers al twee en drie maanden bekend met het gebrek, maar deden pas na het verstrijken van deze termijnen hun beklag. Een conclusie is dat de rechter het niet aanvaardbaar vindt dat wanneer een opdrachtgever met zekerheid weet dat hij een klacht heeft en die neer wil leggen bij de aannemer, hij hier nog enkele maanden de tijd voor neemt.

4.1.4 De belangenafweging

De belangenafweging zou volgens de HR de belangrijkste omstandigheid moeten zijn die meegenomen moet worden in de toets of een protest als tijdig kan worden beschouwd. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat het beroep op de klachtplicht slaagde. Het Hof ging in op de belangenafweging in die zin dat de opdrachtgever de stelling van de aannemer dat hij was geschaad in zijn belangen door het tijdsverloop, niet heeft betwist.⁷⁸ Rechtbank Rotterdam laat in een van zijn uitspraken echter de belangenafweging zwaarder meewegen. Hij oordeelde dat de klacht (over een rieten dak) na vijf à zes maanden tijdig was, daar de aannemer onvoldoende motiveerde dat hij nadeel leed door deze termijn. De aannemer zou volgens de rechter meer hebben moeten motiveren dat het gebrek door het verstrijken van deze termijn zou verergeren.⁷⁹ In een aantal uitspraken ging de rechter in zijn oordeel niet in op de belangen van de partijen omdat de termijn waarbinnen was geklaagd zodanig kort was dat niet gesteld kon worden dat de aannemer enig nadeel hierdoor had geleden.⁸⁰ Rechtbank Noord-Holland ging in het oordeel of tijdig is geklaagd in op de belangen van de partijen, omdat de opdrachtgever had gesteld dat de aannemer geen nadeel leed door het verstrijken van tijd. De rechter oordeelde dat de aannemer hierdoor misschien geen schade leed, maar dat dat niets af deed aan het feit dat de opdrachtgever gewoonweg in zijn eerdere correspondentie zijn protest kenbaar had moeten maken.⁸¹ In een zaak waar schilderwerk aan gevels van huizen onderwerp van discussie was, ging de rechter in op het nadeel dat de opdrachtgever zou lijden indien geoordeeld zou worden dat de klacht niet tijdig was. Hij overwoog hiertoe dat het schilderwerk (dat elke vijf jaar opnieuw gedaan wordt) gepland was binnen een jaar na de comparitie. Omdat de vijfjaarlijkse schilderbeurt toch binnen een jaar na dato gepland stond, kon niet gesproken worden van veel nadeel door het vervallen van het recht op schadevergoeding aan opdrachtgevers zijde. De rechter oordeelde (mede door het lange tijdsverloop) dan ook dat de klacht na vier jaar niet tijdig was.⁸²

In vier van de zestien uitspraken ging de rechter niet in op de belangen van partijen, omdat door de aannemer niet werd gesteld dat hij geschaad zou zijn in zijn belangen door het tijdsverloop.⁸³

Tussenconclusie

Analyse laat zien dat feitenrechters niet altijd ingaan op de belangen van de partijen. Indien de rechter al bepaald heeft dat de termijn waarbinnen is geklaagd binnen de vijf maanden ligt, laat hij een belangentoets vaak achterwege. De rechter gaat niet in op belangen van partijen, als beiden niet gesteld hebben dat ze in hun belangen zijn geschaad. Indien de aannemer stelt en bewijst dat hij veel

⁷⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0773, r.o. 5.10.

⁷⁹ Rechtbank Rotterdam 15 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:162, r.o. 4.7.

⁸⁰ Rechtbank Midden-Nederland 12 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1041, r.o. 4.1; Rechtbank Rotterdam 22 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9749, r.o. 5.10.

⁸¹ Rechtbank Noord-Holland 17 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4681, r.o. 4.4.

⁸² Rechtbank Noord-Holland 29 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5105, r.o. 5.5.

⁸³ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3218, r.o. 4.4; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4235, r.o. 3.15; Rechtbank Gelderland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5662, r.o. 4.4; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6018, r.o. 4.12.

nadeel lijdt door bijvoorbeeld onevenredig hoge reparatiekosten, ligt het in de lijn van verwachting dat de feitenrechter dit meeneemt in zijn oordeel of het protest tijdig is. Als anderzijds bijvoorbeeld al door opdrachtgever een onderhoudsbeurt gepland stond, zal het nadeel voor aannemer groot zijn indien hij iets moet repareren wat sowieso na korte periode aan onderhoud onderhevig zal zijn. Duidelijk naar voren komt dat de rechter niet altijd ingaat op de belangen van partijen, indien ze niet stellen dat ze nadeel lijden. In een aantal uitspraken oordeelt de rechter zelfs dat tijdig is geklaagd, alleen omdat de aannemer niet gesteld en of gemotiveerd heeft dat hij nadeel lijdt door de late klacht.

4.1.5 De stelplicht en bewijslast

De HR heeft in een van zijn arresten uitgelegd dat de stelplicht en bewijslast aan de orde moeten komen indien de schuldenaar het verweer voert dat niet tijdig is geklaagd. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden hield zich aan wat de HR bepaalde. Het Hof was van oordeel dat opdrachtgever in het licht van het verweer van aannemer onvoldoende heeft onderbouwd dat hij op tijd geklaagd had. Opdrachtgever voerde geen feiten en omstandigheden aan waaruit zou volgen dat hij tijdig geklaagd zou hebben over het gebrek. Op deze manier slaagde een beroep op de klachtplicht.⁸⁴ In vier van deze uitspraken was het Hof of de rechter van mening dat de aannemer niet (voldoende) gesteld, of onvoldoende gemotiveerd betwist had dat opdrachtgever te laat geklaagd zou hebben.⁸⁵ In bijvoorbeeld de uitspraak van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, oordeelt de rechter dat tijdig is geklaagd, mede omdat aannemer niet stelt dat hij is geschaad in zijn belangen.⁸⁶ In de andere vier uitspraken heeft de aannemer onvoldoende gesteld dat hij geschaad is in zijn belangen, wat verband houdt met de belangenafweging.⁸⁷

Tussenconclusie

Uit de analyse blijkt dat er een zware stelplicht en bewijslust rust, op beide partijen. Allereerst zal de verwerende aannemer moeten stellen dat hij is geschaad in zijn belangen zoals schade en een benadeling in zijn bewijspositie. Vervolgens zal de opdrachtgever moeten bewijzen op welk moment hij geklaagd heeft. Hierna is het aan de aannemer gemotiveerd te stellen dat deze klacht hem te laat bereikte. Uit de uitspraken die geanalyseerd zijn blijkt dat de rechter vaak van mening is dat partijen hun stellingen onvoldoende hebben gemotiveerd. Het valt op dat in de uitspraken waar de aannemer gesteld heeft dat de klacht hem te laat bereikte en hij daardoor nadeel lijdt, het beroep slaagt, namelijk in drie van de vier uitspraken. In een van deze uitspraken stelt de aannemer andersom dat juist de opdrachtgever géén nadeel lijdt. De rechter gaat in deze stelling mee.

4.2 Algemene bevindingen

Over het algemeen valt op dat de rechter niet een vaste volgorde aanhoudt in de beoordeling van het geschil. Soms wordt eerst gekeken of gesproken kan worden van een gebrek, soms wordt eerst gekeken of de klacht überhaupt tijdig was. Tevens kan uit de uitspraak niet helemaal worden afgeleid wat voor verweer de advocaten van de partijen hebben gevoerd. Daarom kan niet gekeken worden wat de rechter doorgaans een sterk verweer vindt. Omdat niet altijd uitvoerig op het verweer ingegaan

⁸⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0773, r.o. 5.10.

⁸⁵ Rechtbank Midden-Nederland 12 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1041, r.o. 4.1; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4235, r.o. 3.15; Rechtbank Rotterdam 22 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9749, r.o. 5.10; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:507, r.o. 7.29.

⁸⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4235, r.o. 3.15.

⁸⁷ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3218, r.o. 4.4; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4235, r.o. 3.15; Rechtbank Gelderland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5662, r.o. 4.4; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6018, r.o. 4.12.

wordt, lijkt het alsof de advocaat vaak maar een summier beroep doet op schending van de klachtplicht.

Schending van klachtplicht is overigens vaak niet het enige waar een beroep op gedaan wordt. Vaak wordt eerst nog aangevoerd door de opdrachtgever dat er bijvoorbeeld geen sprake van een overeenkomst was. De aannemer voert doorgaans aan dat er überhaupt niet gesproken kan worden over een tekortkoming.

In vier van de zestien uitspraken slaagt het beroep op de klachtplicht. Dit hoeft niet te betekenen dat de schuldeiser of opdrachtgever meer beschermd wordt of dat de rechter bepaalde belangen zwaarder vindt wegen, maar kan er ook op wijzen dat aannemers vaak een kansloos verweer voeren.

5. Conclusies en Aanbevelingen

De HR heeft in een aantal arresten uitleg gegeven over de klachtplicht van artikel 6:89 BW. Hij heeft aanwijzingen gegeven over de wijze waarop feitenrechters een beroep op schending van de klachtplicht zouden moeten toetsen. In dit onderzoek is gepoogd antwoord te geven op de volgende centrale vraag:

Welke aanbevelingen vloeien voort uit een analyse van de wijze waarop feitenrechters omgaan met het niet tijdig klagen als verweermiddel door een aannemer, afgezet tegen de uitleg die de HR aan de klachtplicht ex artikel 6:89 BW geeft?

Tijdens het onderzoek van jurisprudentie is een keuze gemaakt om te categoriseren op een aantal onderwerpen waar de HR zich duidelijk over heeft uitgesproken, te weten: het gebrek, de klacht, de termijn, de belangenafweging alsmede de stelplicht en bewijslast. Tijdens een analyse van feitenrechtspraak is de focus dan ook gelegd op voornoemde onderwerpen. In paragraaf 5.1 wordt per onderwerp een conclusie gegeven. Vervolgens worden in paragraaf 5.2 aanbevelingen gegeven.

5.1 Conclusies

De aard, ernst en waarneembaarheid van het gebrek zouden meegenomen moeten worden in het oordeel of de opdrachtgever tijdig is met zijn protest. Uit dit onderzoek blijkt dat feitenrechters dit niet in elk oordeel meenemen. Wat betreft de ernst en waarneembaarheid van het gebrek laat de rechter zich hierover in de onderzochte uitspraken, niet uit in zijn beslissing. Waar hij echter wel rekening mee lijkt te houden is of het gebrek door het verstrijken van de termijn zodanig kan verslechteren dat niet bewezen kan worden wat de staat ten tijde van de oplevering was, de aard van het gebrek. Indien de aard van het gebrek met zich meebrengt dat het door het verstrijken van tijd verergert, zal eerder worden aangenomen dat de opdrachtgever te laat is met zijn klacht.

Alvorens de feitenrechter bepaalt of het protest de aannemer al dan niet tijdig heeft bereikt, moet hij bepalen op welk moment het protest plaatsvond. De HR sprak hierover uit dat de klacht de gestelde aard of omvang van het gebrek voldoende duidelijk moet maken. De aannemer moet namelijk begrijpen dat ten aanzien van een bepaald gebrek geprotesteerd wordt. De feitenrechter houdt zich aan wat de HR hierover heeft uitgelegd. Door het stellen van vragen, het bekijken van correspondentie et cetera probeert hij inzichtelijk te krijgen wanneer de aannemer kon begrijpen dat geprotesteerd werd. Logisch natuurlijk, want pas vanaf het moment dat vaststaat wanneer de opdrachtgever zijn beklag deed, kan getoetst worden of dit moment tijdig was.

De tijd die de opdrachtgever mag nemen om zijn beklag bij de aannemer neer te leggen, hangt volgens de HR af van de omstandigheden van het geval. De termijn die is verstreken moet meegenomen worden in het oordeel, maar mag niet een doorslaggevende factor zijn. De feitenrechter lijkt zich hier deels aan te houden. Enerzijds kijkt hij in een aantal gevallen naar meer aspecten dan louter de periode die genomen is om een klacht bij aannemer neer te leggen zoals de HR het graag zou zien, meestal als deze termijn een langere periode dan vijf maanden inneemt. Anderzijds lijkt hij geen andere omstandigheden te bekijken wanneer de genomen termijn niet langer is dan vijf maanden, behoudens enkele uitzonderingen. Wanneer een opdrachtgever bekend is met het gebrek en weet dat hij daarover zijn beklag gaat doen maar hiermee nog een à twee maanden wacht, vindt de feitenrechter dat niet gesproken mag worden van een protest binnen bekwame tijd. De feitenrechter lijkt bovendien de tijd te respecteren die opdrachtgever neemt voor het onderzoek door een deskundige en gaat niet in op de vraag of de opdrachtgever hier te lang de tijd voor neemt.

De HR heeft met oog op het leerstuk van rechtsverwerking bepaald dat de afweging van belangen van opdrachtgever en aannemer een belangrijk aspect is om rekening mee te houden in het oordeel. Uit het praktijkonderzoek valt op dat zowel aannemer als opdrachtgever niet altijd voldoende gemotiveerd lijken te stellen dat ze benadeeld zijn in hun belangen. Wanneer aannemer gemotiveerd stelt dat hij nadeel lijdt door het late klagen, lijkt de feitenrechter mee te gaan in deze stelling en aan te nemen dat de klacht inderdaad te laat is. Als echter binnen een termijn van vijf maanden is geklaagd, wordt vaak door de rechter gesteld dat het niet aannemelijk is dat de aannemer door deze termijn benadeeld is in zijn positie. In een aantal gevallen beslist de feitenrechter zelfs dat tijdig is geklaagd, omdat de aannemer niet gesteld heeft dat hij door het late protest schade heeft geleden.

Geconcludeerd kan worden dat feitenrechters niet elk onderwerp betrekken in hun beslissing waarvan de HR heeft bepaald dat het mee zou moeten wegen in een oordeel. Het valt op dat de feitenrechter vaak van mening is dat partijen niet goed genoeg motiveren waarom de klacht op tijd of juist niet tijdig is neergelegd bij aannemer. Dit zou de reden kunnen zijn waarom het oordeel van de feitenrechter vaak summier is en meestal volstaat met één rechtsoverweging. Er valt mijns inziens veel te halen voor de aannemer, mits hij voldoende stelt en motiveert dat zijn belangen zijn geschaad en benadeeld wordt in zijn bewijspositie door een laat protest.

5.2 Aanbevelingen

Door een onderzoek naar de verhouding tussen de uitleg die de HR geeft aan de klachtplicht in het algemeen en de manier waarop feitenrechters omgaan met deze uitleg in conflicten over de aanneming van werk is tot een aantal aanbevelingen gekomen. Dit advies dient voor het opstellen van een geslaagd verweer door de aannemer met een beroep op schending van de klachtplicht ex artikel 6:89 BW. Vanzelfsprekend zou de procesvertegenwoordiger moeten oordelen welk van deze adviezen opgevolgd kunnen worden. Het hangt namelijk van de casus af welke van de volgende aanbevelingen gebruikt kunnen worden:

- De aannemer kan stellen dat de aard van het gebrek met zich meebrengt dat het gebrek door het lange tijdsverloop zodanig is verergerd, dat niet bewezen kan worden wat de staat van het gebrek was ten tijde van de oplevering of ontdekking. Tevens kan aannemer zich verweren met de stelling dat het gebrek zo gemakkelijk te waarnemen is dat opdrachtgever het eerder ontdekt zou moeten hebben en dus eerder had moeten protesteren;
- Omdat het moment van klagen een belangrijk aspect is in het oordeel van de feitenrechter, is het nuttig te stellen dat de klacht de aannemer allereerst nooit heeft bereikt. Gepleit kan bijvoorbeeld worden dat de opdrachtgever bij de oplevering alleen over de algemene kwaliteit geklaagd heeft, of juist over meerdere gebreken tegelijk waardoor het niet duidelijk is ten aanzien van welk gebrek precies geklaagd werd. De aannemer zou ook kunnen stellen dat bijvoorbeeld de vermeende brief met een daarin een klacht niet duidelijk maakt over wélk gebrek het precies gaat. In gevallen waarin de opdrachtgever duidelijk middels bijvoorbeeld een brief heeft geklaagd, is het raadzaam te stellen dat de opdrachtgever dit in zijn eventuele eerdere correspondentie duidelijk had moeten maken;
- In sommige gevallen laat de opdrachtgever een deskundigenonderzoek verrichten. In zulke gevallen zou de aannemer kunnen stellen dat het niet rechtvaardig is dat hij niet was uitgenodigd voor bijvoorbeeld een bezichtiging. In zulke gevallen zou bepleit kunnen worden dat het niet rechtvaardig is dat de opdrachtgever niet de mogelijkheid heeft geboden aan de

aannemer om het gebrek te herstellen. Bovendien zou de aannemer kunnen stellen dat de tijd die gemoeid ging met het deskundigenonderzoek te lang is geweest;

- Zeer raadzaam is om te stellen dat aannemer geschaad is in zijn bewijspositie. Gesteld kan worden dat de klacht zo laat is dat de aannemer niet meer kan bewijzen dat hij deugdelijk werk geleverd heeft. Gedacht kan worden aan de administratie waarin staat welk materiaal is gebruikt, om zo een beroep te doen op een leverancier. Wanneer de klacht eerder zou zijn gekomen, zou de aannemer op zijn beurt hebben kunnen bewijzen dat het niet aan zijn prestatie ligt maar aan het gebruikte materiaal indien de leverancier hiervoor verantwoordelijk is;
- De aannemer doet er waarschijnlijk het allerbest aan om zo gemotiveerd mogelijk te stellen dat hij schade lijdt door de te late klacht. Uit het onderzoek blijkt dat wanneer de aannemer stelt dat hij schade lijdt door het late protest, de feitenrechter dit zwaar laat wegen in zijn oordeel. De aannemer zal enerzijds moeten pleiten dat hij schade lijdt doordat hij geen rekening meer had hoeven houden met aanspraken van de opdrachtgever. Anderzijds kan de aannemer er goed aan doen om te stellen dat zijn belang voor een geslaagd beroep op schending van de klachtplicht groter is dan het belang van de opdrachtgever bij een oordeel dat tijdig geklaagd is.

De wetgever voerde het artikel in ter bescherming van de schuldenaar, de aannemer. Het is nuttig om dit op te nemen in het verweer. Al met al hangt het van de casus af wat voor verweer gevoerd zou moeten worden. Het belangrijkste overkoepelende advies dat gegeven kan worden is dat de aannemer zijn stellingen voldoende onderbouwd moet motiveren en zo nodig moet bewijzen, vooral als het om zijn belangen gaat. Pas wanneer voldoende gemotiveerd gesteld wordt dat de belangen van de aannemer zijn geschaad, gaat de feitenrechter hierop in en houdt hij zich aan de aanwijzing van de HR dat dit het belangrijkste aspect hoort te zijn in het oordeel of tijdig is geklaagd.

6. Literatuurlijst

Lijst van verkort aangehaalde literatuur:

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

C. Asser, A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht* (6-III), Deventer: Kluwer 2014

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012

C. Asser, A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte* (6-I*), Deventer: Kluwer 2012

Asser/Hijma 7-I* 2013

C. Asser, J. Hijma, *Bijzondere overeenkomsten. Koop en ruil* (7-I*), Deventer: Kluwer 2013

Bijloo, www.blog.euroforum.nl, 2015

J.O. Bijloo, 'Bouwrecht: de verjaringstermijn en de klachtplicht', www.blog.euroforum.nl, 2015.

Boom, van, AA 2013, 755

W.H. van Boom, 'Zorgplicht vs. klachtplicht', *Ars Aequi. Juridisch studentenblad* 2013, 755, afl. 10

Hartlief & Bollen, NJB 2009

T. Hartlief & C. Bollen, 'De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld', *Nieuw Juristenblad* 2009

Jansen, TOP 2010/5

T.S. Jansen, 'Het verval van artikel 6:89 BW', *Tijdschrift voor de OndernemingsrechtPraktijk* 2010/5

Jansen, TOP 2013/5

T.S. Jansen, 'Rechtsverwerking naar omstandigheden: artikel 6:89 BW', *Tijdschrift voor de OndernemingsrechtPraktijk* 2013/5

Orsouw, van, Bb 2013/36

E.M. van Orsouw, 'De klachtplicht is dood, leve de klachtplicht!', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/36, afl. 12

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeven & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981

Parl. Gesch. Boek 7

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 7 Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991

Rossum, van, NJB 2011

M. van Rossum, 'HR houdt meer rekening met belangen koper bij onderzoeksplicht en klachtplicht', *Nieuw Juristenblad* 2011

Rutten, MvV 2015/6

S.J.H. Rutten, 'Contractuele vervalttermijnen', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015/6

Schaaijk, 2015

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015

Schelhaas, NTBR 2013/2

H.N. Schelhaas, 'Klagen over bedrog!', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2013/2

Smeehuijzen, 2014

J.L. Smeehuijzen, *Over de gespannen verhouding tussen klachtplicht en verjaring*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014

Spoormans & Neering, TOP 2013/6

D.F. Spoormans & V.M. Neering, 'De klachtplicht praktisch belicht na de 8 februarierresten (deel 1)', *Tijdschrift voor de OndernemingsrechtPraktijk* 2013/6

Spoormans & Neering, TOP 2013/7

D.F. Spoormans & V.M. Neering, 'De klachtplicht praktisch belicht na de 8 februarierresten (deel 2)', *Tijdschrift voor de OndernemingsrechtPraktijk* 2013/7

Verhoeven, NTBR 2010/21

J.J. Verhoeven, 'De koper bedrogen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010/21

7. Jurisprudentielijst

Lijst van geraadpleegde en aangehaalde jurisprudentie:

Hoge Raad

HR 20 januari 2006, ECLI:NL:2006:AU4122, RvdW 2006/112 (*Robinson/Molenaar*)

HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, RvdW 2007/636 (*Pouw/Visser*)

HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, RvdW 2007/634 (*Amsing/Dijkstra*)

HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3520, RvdW 2007/696 (*Stichting Werkvoorziening /Oldenhoeck*)

HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, RvdW 2007/996 (*Ploum/Smeets I*)

HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, RvdW 2010/749 (*Kortenhorst/Van Lanschot*)

HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615, RvdW 2010/1167 (*Tan/Forward*)

HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, RvdW 2011/419 (*Ploum/Smeets II*)

HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, RvdW 2013/253 (*Van de Steeg/Rabobank*)

HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, RvdW 2013/250 (*Kramer/Van Lanschot*)

HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, RvdW 2013/249 (*Van Lanschot/Grove*)

HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, RvdW 2015/66 (*Far Trading/Edco Eindhoven*)

Gerechtshoven

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6779

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0773

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4235

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6018

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:316

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7330

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:507

Rechtbanken

Rechtbank Rotterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10907

Rechtbank Noord-Nederland 8 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:122

Rechtbank Rotterdam 15 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:162

Rechtbank Midden-Nederland 12 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1041

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3218

Rechtbank Gelderland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5662

Rechtbank Amsterdam 9 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7729

Rechtbank Rotterdam 22 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9749

Rechtbank Noord-Holland 17 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4681

Rechtbank Rotterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7887

Rechtbank Noord-Holland 29 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5105