

# Over het toepassingsbereik van de klachtplicht bij nalaten

Mr. H. Boom\*

## 1 Inleiding

De klachtplicht van art. 6:89 BW verplicht de schuldeiser binnen bekwame tijd over een gebrek in de prestatie van de schuldenaar te klagen. Art. 6:89 BW is volgens het arrest Brocacef/Simons uit 2007 alleen van toepassing als de schuldenaar een *gebrekkige* prestatie levert. Als de schuldenaar niet presteert, rust op de schuldeiser geen klachtplicht.<sup>1</sup> Hetzelfde geldt voor de klachtplicht van art. 7:23 lid 1 BW.<sup>2</sup>

De Hoge Raad heeft deze regel onderbouwd met de overweging dat de schuldenaar *die een prestatie heeft verricht*, moet worden beschermd. De reden daarvan is dat hij erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt. Als dat niet zo is, moet hij dit met spoed aan de schuldenaar mededelen, aldus de Hoge Raad. Daarnaast heeft de Hoge Raad gewezen op de bewoordingen van art. 6:89 BW, welke bepaling spreekt van ‘een gebrek in de prestatie’.<sup>3</sup>

In dit artikel bespreek ik twee vragen die over deze regel rijzen. Ten eerste is de Hoge Raad met de introductie van de Brocacef/Simons-regel impliciet van oordeel dat de schuldenaar die nalaat te presteren, geen bescherming van de klachtplicht verdient. De Hoge Raad motiveert niet waarom dat zo zou zijn. Ik ga in dit artikel nader op dit aspect van de regel in. Ik kom tot de conclusie dat een onderbouwing van dit oordeel in Brocacef/Simons en de wetsgeschiedenis besloten ligt. Ik betoog dat er ook gevallen denkbaar zijn waarbij de niet-presterende schuldenaar de bescherming van de klachtplicht zou verdienen. Een uitzondering op de Brocacef/Simons-regel lijkt

mij echter niet nodig, omdat de schuldenaar in die gevallen een beroep op rechtsverwerking kan doen. Daarmee kan in de praktijk hetzelfde resultaat worden bereikt.

Ten tweede rijst de vraag of de regel uit het Brocacef/Simons-arrest opgeld doet in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming. Een arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2021 en de daaraan voorafgaande conclusie van A-G Valk roepen wat mij betreft deze vraag op.<sup>4</sup> Aan de hand van een aantal voorbeelden illustreer ik dat toepassing van de Brocacef/Simons-regel in deze gevallen tot netelige discussies kan leiden, terwijl ik me afvraag of de Hoge Raad de bedoeling heeft gehad om ook bij gedeeltelijke niet-nakoming de klachtplicht buiten toepassing te laten. Naar mijn mening moet in die gevallen de klachtplicht worden toegepast.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Na een korte schets van de wettelijke klachtplichten in paragraaf 2, schets ik in paragraaf 3 de twee arresten van de Hoge Raad over de Brocacef/Simons-regel. Vervolgens stel ik in paragraaf 4 de onderbouwing van de regel door de Hoge Raad ter discussie. In paragraaf 5 bespreek ik de vraag in hoeverre de Brocacef/Simons-regel opgeld doet in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming. Paragraaf 6 besluit met een conclusie.

## 2 Schets van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW

Art. 6:89 BW bevat een klachtplicht met betrekking tot gebrekkige prestaties. De bepaling vormt onderdeel van afdeling 9 (de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis) van titel 1 (verbintenissen in het algemeen) van Boek 6 BW en is daarom, aldus de Hoge Raad, van toepassing op alle verbintenissen.<sup>5</sup> Art. 7:23 lid 1 BW bevat een klachtplicht met betrekking tot non-conformiteit van het geleverde op grond van een koopovereenkomst. Deze klachtplichten zijn voorts van toepassing op vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad, bedrog en dwaling, voor zover aan die vorderingen feiten ten grondslag liggen die de stelling zouden rechtvaardigen dat

\* Mr. H. Boom is cassatieadvocaat bij BarentsKrans Coöperatief U.A. te Den Haag.

1 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons), r.o. 4.3, zoals bevestigd in HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, NJ 2021/335, r.o. 3.3.

2 Zo valt af te leiden uit HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 (Verkoopmakelaar), r.o. 3.6, waar de Hoge Raad overweegt dat art. 6:89 BW, evenals art. 7:23 lid 1 BW, ziet op gebrekkige prestaties (en dus, a contrario, niet op gevallen waarin in het geheel niet is gepresteerd); zie voorts Asser/Hijma 7-I 2019/802; B.M. Katan, De ondergrens van artikel 6:89 BW (HR 23 maart 2007, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons)), *Contracteren* 2007, afl. 2, p. 45-48; vgl. Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3480, dat de regel uit Brocacef/Simons toepast op art. 7:23 lid 1 BW.

3 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons), r.o. 4.3; HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, NJ 2021/335, r.o. 3.3.

4 Zie HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536.

5 Ook op bijv. beleggingsadviesrelaties, zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank).

de geleverde zaak of dienst niet aan de (koop)overeenkomst beantwoordt.<sup>6</sup>

Zowel art. 6:89 als art. 7:23 lid 1 BW kent rechtsverval als sanctie op het uitblijven van een klacht binnen bekwame tijd. Dat is een verstrekkende sanctie: niet alleen de rechtsvordering van de schuldeiser (koper) gaat teniet, maar het vorderingsrecht zelf houdt op te bestaan. Dat is een verschil met verjaring, waarbij alleen de mogelijkheid om de vordering te gelde te maken uit handen van de schuldeiser wordt geslagen. Dit verschil heeft praktische consequenties: een schuldenaar die een verjaarde vordering voldoet, betaalt niet onverschuldigd. Ook kan de schuldeiser zijn verjaarde vordering nog verrekenen. Een schuldenaar die een vordering voldoet die op grond van art. 6:89/7:23 lid 1 BW teniet is gegaan, betaalt wel onverschuldigd.<sup>7</sup>

Art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW zijn wettelijke vormen van rechtsverwerking. Dat blijkt niet alleen uit de wetsgeschiedenis,<sup>8</sup> maar is ook expliciet door de Hoge Raad overwogen.<sup>9</sup> Rechtsverwerking is op haar beurt weer geworteld in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>10</sup> De ratio van de klachtplichten is primair bescherming van de schuldenaar (verkoper) tegen late en moeilijk betwistbare klachten.<sup>11</sup>

In de ogen van velen is de regeling onnodig streng.<sup>12</sup> De Hoge Raad lijkt de kritiek van deze auteurs deels ter harte te hebben genomen, door voor de bepaling van de klachttermijn in belangrijke mate medebepalend te achten in hoeverre de belangen van de schuldenaar werkelijk zijn geschaad. Zonder concreet schuldenaarsnadeel zal niet spoedig voldoende reden be-

staan om de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten, aldus de Hoge Raad.<sup>13</sup>

### 3 Hoge Raad: geen klachtplicht als geen prestatie is verricht

#### 3.1 *Het Brocacef/Simons-arrest*

De Hoge Raad huldigt al geruime tijd het uitgangspunt dat art. 6:89 BW niet van toepassing is in de situatie waarin niet wordt gepresteerd, ook al levert een dergelijk nalaten wel een tekortkoming op grond van art. 6:74 BW op en verjaren vorderingen gegrond op een dergelijke tekortkoming wel. De Hoge Raad introduceerde deze regel in het arrest Brocacef/Simons van 23 maart 2007.<sup>14</sup> Aangenomen wordt dat de regel ook geldt voor art. 7:23 lid 1 BW.<sup>15</sup> Er was tot die tijd slechts vrij schaarse literatuur over deze vraag en slechts een enkele lagere gerechtelijke uitspraak, die echter al wel in die richting wezen.<sup>16</sup> Ook na de komst van dit arrest is overigens weinig over de daarin geïntroduceerde toepassingsregel geschreven.<sup>17</sup>

Het gaat in het arrest Brocacef/Simons om het volgende. Simons, zelfstandig apotheker, neemt sinds 1987 geneesmiddelen af van Brocacef. In 1994 onderhandelen zij over een nieuwe afnameovereenkomst. Daarover bereiken zij in december 1994 mondeling overeenstemming. In diezelfde maand worden enkele faxbrieven tussen partijen uitgewisseld, die de gemaakte afspraken (met enkele aanvullingen/wijzigingen vanuit Simons) bevatten. Partijen sluiten in aanvulling daarop een kredietovereenkomst, op basis waarvan Brocacef aan Simons een bedrag van f250.000 leent.

Op 3 februari 1995 stuurt Brocacef Simons vervolgens een nieuw concept voor de afnameovereenkomst met enkele afwijkingen ten opzichte van de in december 1994 uitgewisselde faxbrieven. Brocacef geeft daarbij aan niet van de nieuwe aanvullingen te willen afwijken. Daarmee gaat Simons niet akkoord. Hij beëindigt de relatie per direct, op 16 maart 1995.

6 Zie met betrekking tot onrechtmatige daad HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 (Verkoopmakelaar), met betrekking tot bedrog HR 17 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2902, NJ 2017/438 (MBS/Prowi) en met betrekking tot dwaling HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (Ploum/Smeets I) en HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (Pouw/Visser).

7 Zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/432.

8 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 7, p. 152 en MvA I, Parl. Gesch. BW Boek 7, p. 157.

9 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, NJ 2017/163 (Far Trading/Edco Eindhoven), r.o. 5.6.3: 'De art. 6:89 en 7:23 BW moeten immers opgevat worden als specifieke, in de wet geregelde vormen van rechtsverwerking.'

10 Asser/Sieburgh 6-III 2018/423.

11 TM, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 146; MvA II, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 152. Zie ook Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 316-317.

12 C. Bollen & T. Hartlief, De klachtplicht van de teurgestelde contractant, een laatste alles of niets bolwerk ontmanteld, NJB 2009, p. 2192 e.v.; W.L. Valk, Hoe verder met de klachtplicht?, NTBR 2014/2, afl. 1, p. 3-7; A-G Spier in zijn conclusie voor HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU5734 (ZLM/LBM), par. 3.21-3.22.

13 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, NJ 2017/163 (Far Trading/Edco Eindhoven); zie ook HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (Pouw/Visser); HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615, NJ 2010/545 (Tan/Forward); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank).

14 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons), r.o. 4.3.

15 Zo valt a contrario af te leiden uit HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 (Verkoopmakelaar), r.o. 3.6, waar de Hoge Raad overweegt dat art. 6:89 BW, evenals art. 7:23 lid 1 BW, ziet op gebrekkige prestaties (en dus, a contrario, niet op gevallen waarin in het geheel niet is gepresteerd); zie voorts Asser/Hijma 7-I 2019/802; Katan 2007; vgl. Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3480, dat de regel uit Brocacef/Simons toepast op art. 7:23 lid 1 BW.

16 Vgl. Katan 2007, p. 45; zie voorts W.L. Valk, Rechtsverwerking in drievoud, Deventer: Kluwer 1993, p. 95, concl. A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, NJ 2006/80, par. 2.15-2.17 en 2.22-2.24; Rb. Leeuwarden (pres.) 3 maart 1999, ECLI:NL:RBL:1999:AH7849, KG 1999/109. Zie destijds ook in die zin Hijma: Asser/Hijma 5-I 2001/543.

17 Het enige meer beschouwende artikel over de regel is van de hand van Katan, zie Katan 2007.

Hij lost de lening niet af, terwijl aan de afnameovereenkomst nog geen uitvoering werd gegeven.

Brocacef eist begin 1997 terugbetaling van het geleende bedrag van Simons. Simons weigert dat en beroept zich op zijn beurt, voor het eerst, op een tekortkoming van Brocacef in de nakoming van de afnameovereenkomst. Brocacef start een procedure tegen Simons om het geleende geldbedrag terug te vorderen. Simons vordert in reconventie schadevergoeding op grond van wanprestatie van Brocacef. Brocacef voert een klachtplichtverweer (op grond van art. 6:89 BW) tegen Simons' reconventionele vordering.

Het hof overweegt dat het beroep van Brocacef op de klachtplicht niet opgaat. Volgens het hof is art. 6:89 BW slechts van toepassing in gevallen waarin een (gebrekkige) prestatie is geleverd en niet wanneer géén prestatie is verricht, ook al levert het achterwege blijven daarvan wanprestatie op.

In cassatie komt Brocacef onder meer tegen dat oordeel van het hof op. De Hoge Raad verwerpt de betreffende cassatieklacht. Hij overweegt dat art. 6:89 BW ertoe strekt de schuldenaar, die een prestatie heeft verricht, te beschermen omdat hij erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt, en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, dat eveneens met spoed aan de schuldenaar meedeelt. Gelet op die strekking én 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, aldus de Hoge Raad.<sup>18</sup>

Afgaand op de bewoordingen van de Hoge Raad lijkt de toepassingsregel alleen opgeld te doen in gevallen waarin geen enkele overeengekomen prestatie is verricht. Die conclusie sluit ook aan bij de casus van het arrest. Brocacef heeft immers nog aan geen enkele leveringsverplichting op grond van de overeenkomst voldaan. Uit het hierna te bespreken arrest blijkt echter dat dit mogelijk anders zou kunnen liggen.

### 3.2 HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536

Het gaat in dit recentere geval om een cliënt die zijn advocaat in rechte aanspreekt vanwege een beroepsfout. De advocaat doet in het jaar 2007 op een gegeven moment niets meer voor de cliënt, na initieel in dat jaar wel de belangen van cliënt te hebben behartigd door enkele brieven aan de wederpartij te sturen. Onder het ‘niet-doen’ valt het verzuim om tijdig een stuitingsbrief aan de wederpartij te sturen. Als gevolg daarvan verjaart de vordering van de cliënt. De cliënt spreekt zijn inmiddels ex-advocaat daarvoor in 2011 aan.

18 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons), r.o. 4.3.

Het hof wijst de vordering van de cliënt af. De cliënt zou de klachtplicht van art. 6:89 BW hebben geschonden. In cassatie komt de cliënt daartegen op. Hij klaagt dat het hof heeft miskend dat de klachtplicht in dit geval niet van toepassing is, omdat de advocaat na het versturen van een brief op 17 januari 2007 feitelijk niet meer de belangen van de cliënt heeft behartigd en in het geheel niet heeft gepresteerd. Daar gaat de Hoge Raad in mee. De Hoge Raad overweegt dat in cassatie vaststaat dat de advocaat vanaf 17 januari 2007 feitelijk niet meer de belangen van de cliënt heeft behartigd en *iedere verdere prestatie* onder de overeenkomst achterwege heeft gelaten. In een dergelijke situatie is art. 6:89 BW volgens de Hoge Raad niet van toepassing.<sup>19</sup>

Anders dan in Brocacef/Simons is in dit geval op de keper beschouwd geen sprake van een situatie waarin *in het geheel geen prestatie* is verricht. In dit geval is sprake van een, weliswaar niet onaanzienlijke, gedeeltelijke niet-nakoming. A-G Valk merkt op dat de cassatieklacht van de cliënt tot uitgangspunt neemt dat de gestelde tekortkoming bestaat in het *niet* verrichten van de verschuldigde prestatie, te weten dat de advocaat de belangen van de cliënt niet heeft behartigd door de vordering te laten verjaren.<sup>20</sup> De advocaat heeft zich in cassatie tegen die klacht verweerd met de stelling dat de advocaat de belangen van de cliënt initieel *wel* behartigde, onder meer door een aantal brieven aan de wederpartij te zenden. Aldus is geen sprake van een geheel niet-presteren, waarop de klachtplicht niet van toepassing is, aldus de advocaat.<sup>21</sup>

De A-G gaat daar niet in mee. Hij stelt dat uit een overeenkomst van opdracht de verschuldigdheid van meerdere, kennelijk afzonderlijk te beschouwen prestaties kan voortvloeien. Volgens hem brengt het feit dat één van die prestaties is verricht, niet mee dat het nalaten om een andere prestatie te verrichten als een gebrek in de nakoming moet worden beschouwd en niet als een niet-presteren. De A-G erkent dat er overgangsgevallen denkbaar zijn, maar hij vindt deze casus daar niet toe behoren. De A-G is dus van oordeel dat de prestatie, bestaande uit stuiting van de verjaring van de vordering door de advocaat, als zelfstandige prestatie kwalificeert. Nu die prestatie niet is geleverd, is daarop de klachtplicht niet van toepassing. De A-G merkt weliswaar op dat de advocaat vanaf 2007 in het geheel niet meer presteerde, maar hij vindt dat feit niet beslissend.<sup>22</sup>

De A-G bereikt zijn conclusie dus over een andere boeg dan de Hoge Raad. De Hoge Raad kwalificeert het optreden van de advocaat vanaf 17 januari 2007 als een algeheel niet-presteren. In paragraaf 5 zie ik nader wat de consequentie van dit

19 HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, NJ 2021/335, r.o. 3.3.

20 Concl. A-G Valk voor HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:765, par. 3.5.

21 Concl. A-G Valk voor HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:765, par. 3.6.

22 Concl. A-G Valk voor HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:765, par. 3.6-3.7.

klarblijkelijke verschil van opvatting is voor de vraag of de Brocacef/Simons-regel geldt bij gedeeltelijk niet-presteren. Eerst bespreek ik hierna evenwel de onderbouwing van de regel door de Hoge Raad in Brocacef/Simons en het zojuist besproken arrest.

#### 4 Waarom verdient de niet-presterende schuldenaar geen bescherming van de klachtplicht?

##### 4.1 De twee argumenten van de Hoge Raad

De Hoge Raad baseert zijn overwegingen ten faveure van de toepassingsregel op twee argumenten. In de eerste plaats overweegt de Hoge Raad dat art. 6:89 BW ertoe strekt de schuldenaar *die een prestatie heeft verricht*, te beschermen. Daaruit is a contrario af te leiden dat de schuldenaar die niet presteert, de bescherming van art. 6:89 BW niet zou verdienen. De Hoge Raad onderbouwt echter niet waarom dat zo is. Bovendien moet worden bedacht dat art. 6:89 BW, volgens dezelfde Hoge Raad, van toepassing is op *alle verbintenissen*,<sup>23</sup> zodat het kennelijk bij *alle* verbintenissen gerechtvaardigd zou zijn om alleen de presterende schuldenaar te beschermen door middel van de klachtplicht. In de tweede plaats wijst de Hoge Raad op de bewoordingen van art. 6:89 BW, waarin over een ‘gebrek in de prestatie’ wordt gesproken. Ik bespreek deze argumenten hierna afzonderlijk.

##### 4.2 De wetsgeschiedenis: geen rechtvaardiging voor categorische toepassingsbeperking bij niet-presteren

De Hoge Raad verwijst voor zijn eerste argument naar de wetsgeschiedenis. Los van het feit dat de wetsgeschiedenis ten aanzien van art. 6:89 BW summier is,<sup>24</sup> valt op dat met betrekking tot het toepassingsbereik van de klachtplicht hoofdzakelijk over de verbintenis tot aflevering van een zaak is nagedacht en niet over andersoortige verbintenissen. Bovendien is geen onderbouwing gegeven voor de veronderstelling dat de niet-presterende schuldenaar de bescherming van de klachtplicht niet verdient.

Ten eerste wordt benadrukt dat deze regel in het (oud) BW alleen voor verborgen gebreken bij specieskoop (art. 7A:1547 BW (oud)) gold. Met de opmerking dat in de rechtspraak een vergelijkbare rechtsverwerkingsachtige regel wordt aangenomen bij soortkoop, wordt in mijn ogen gesuggereerd dat met art. 6:89 BW is beoogd een bredere klachtplichtregel in geval van een verbintenis strekkende tot aflevering van een zaak te introduceren. Het blijft echter onduidelijk hoeveel breder precies:

‘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 en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn,

zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt. (...) Door het onderzoek, onderscheidenlijk de mededeling aan de schuldenaar, achterwege te laten, beneemt de schuldeiser zich het recht om over de gebreken van de prestatie te klagen. In het thans geldende wetboek is dit beginsel alleen voor de verborgen gebreken bij specieskoop uitgesproken (artikel 1547 B.W.) De rechtspraak past het ook toe op de levering van soortzaken, hetzij door aan te nemen dat de schuldeiser stilzwijgend zijn reclamerecht heeft prijsgegeven, hetzij door een beroep op de regel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd.’<sup>25</sup>

De commissie stelt dat de strekking van de bepaling kennelijk deze is, dat een schuldeiser die na aflevering niet tijdig reclameert, zich niet meer op een gebrek in de prestatie kan beroepen. De commissie suggereert vervolgens om deze strekking expliciet in de redactie van de bepaling op te nemen:

‘De strekking van dit artikel is kennelijk deze, dat een schuldeiser die *na de aflevering* niet tijdig reclameert, zich niet meer op een gebrek in de prestatie kan beroepen. De Commissie acht het gewenst de cursief gedrukte woorden in de redactie van het artikel op te nemen, althans anderszins te doen blijken dat het hier gaat om de situatie na de aflevering.’<sup>26</sup>

Aan de suggestie van de commissie is geen opvolging gegeven. De minister stelde in reactie op deze suggestie dat art. 6:89 BW *niet alleen* ziet op de situatie *na aflevering*. Hij gaf als voorbeeld de situatie waarin de schuldeiser in de gelegenheid wordt gesteld de verschuldigde zaak *vóór* de aflevering te inspecteren:

‘Anders dan de Commissie meent de ondergetekende dat dit artikel niet alleen ziet op de situatie na de aflevering. Men denke aan het geval dat – zoals in de praktijk geen uitzondering is – de schuldeiser in de gelegenheid wordt gesteld de verschuldigde zaak *vóór* de aflevering te inspecteren. De schuldeiser zal dan in de regel ter zake van de door hem bij deze inspectie ontdekte gebreken terstond hebben te protesteren.’

Niet alleen de wetgever keek voor de rechtvaardiging van deze toepassingsregel overigens naar de oude verborgen gebrekenregeling voor de specieskoop. Ook A-G Keus, die in de zaak Brocacef/Simons concludeerde, wijst voor zijn door de Hoge Raad bevestigde oordeel dat art. 6:89 BW slechts ziet op gebrekkige prestaties, op de verborgen gebrekenregeling van art. 7A:1547 (oud) BW.<sup>27</sup> Dat is ook het geval in een conclusie

23 Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank).

24 Vgl. J.J. Valk, Het toepassingsbereik van de klachtplicht, MvV 2020, afl. 2, par. 3.1.

25 TM, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 316.

26 VV II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 317.

27 Concl. A-G Keus voor HR 23 maart 2007, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons), ECLI:NL:PHR:2007:AZ3531, par. 2.17.

van A-G Langemeijer uit 2006, waar A-G Keus naar verwijst.<sup>28</sup> A-G Keus wijst bovendien op de opmerking van Hijma dat uit de redactie van art. 7:23 lid 1 BW duidelijk blijkt dat slechts de situatie na aflevering van het gekochte is beoogd, en dat voor art. 6:89 BW niets anders zou gelden.<sup>29</sup> Ook voornoemde auteurs geven dus geen rechtvaardiging voor deze beperking.

*4.3 Bij niet-presteren (1) geen logisch tijdsmoment voor een klacht en (2) geen noemenswaardig nadeel voor schuldenaar bij achterwege blijven klacht*

In mijn ogen ligt er mogelijk wel een rechtvaardiging voor deze beperking in het arrest Brocacef/Simons en de wetsgeschiedenis besloten. De gedachte is kennelijk deze, dat de schuldenaar na aflevering onzeker kan zijn over de vraag of zijn prestatie aan de overeenkomst voldoet, terwijl hij dat niet kan zijn als hij in het geheel niet presteert.<sup>30</sup> In dat geval is immers duidelijk dat hij niet aan de overeenkomst voldoet. Uitsluiting van de klachtplicht bij de klassieke prestatie tot aflevering van een zaak, waar de wetgever vooral oog voor heeft gehad, is vanuit die gedachte navolgbaar. Er is een duidelijk moment aanwijsbaar waarop de verkoper pretendeert aan zijn verplichtingen jegens de koper te hebben voldaan: het moment van aflevering. Als de koper genoeg neemt met hetgeen in feite is afgeleverd, kan hij achteraf in beginsel niet klagen over gebreken die hij bij aflevering had kunnen constateren.<sup>31</sup> Als dat wel zou kunnen, staat de verkoper op achterstand. Omdat de zaak uit zijn handen is, kan hij moeilijker bewijzen dat er geen sprake is van een gebrek, terwijl hij het gebrek door het stilzitten van de schuldeiser mogelijk niet meer ongedaan kan maken.

Als we van de koop van een roerende zaak abstraheren, zijn er twee redenen om geen klachtplicht aan te nemen in gevallen van niet-presteren: (1) er is geen logisch tijdsmoment om te klagen, terwijl (2) de schuldenaar in dat geval niet noemenswaardig in zijn positie wordt aangetast als gevolg van het achterwege blijven van een klacht. Met name de tweede reden past goed bij het voor de klachtplicht belangwekkende arrest Van de Steeg/Rabobank, waarin de Hoge Raad voor de bepaling van de klachttermijn zelf vooral van belang acht in hoeverre de

belangen van de schuldenaar werkelijk zijn geschaad door het tijdstip waarop is geklaagd.<sup>32</sup>

Deze redenering sluit ook aan bij oudere rechtspraak over rechtsverwerking.<sup>33</sup> Smeehuijzen heeft in dat kader terecht opgemerkt dat het verlies van rechten als gevolg van het stilzitten van de schuldeiser niet zozeer gerechtvaardigd wordt door het tijdsverloop tussen de geleverde prestatie en de klacht, maar door het feit dat de schuldeiser ‘zijn moment miste’ om over een gebrek in de prestatie te klagen. Dat moment is gelegen binnen bekwame tijd na de aflevering. Na aflevering bevindt de schuldenaar zich immers in een slechtere bewijspositie en kan hij het gebrek mogelijk minder gemakkelijk herstellen.<sup>34</sup> Het ontstaan van nadeel is hier dus niet zozeer gekoppeld aan tijdsverloop, als wel aan het specifieke moment waarop de schuldeiser kon klagen en dat niet deed.

Als niet wordt gepresteerd, ontstaat denkkelijk ook geen specifiek tijdsmoment voor het uiten van een klacht. Ook in dat geval kan er mogelijk nadeel optreden voor de schuldenaar als gevolg van het uitblijven van een tijdige klacht, maar dat nadeel wordt vooral veroorzaakt door het tijdsverloop zelf. Smeehuijzen betoogt terecht dat in dergelijke casus niet snel rechtsverwerking mag worden aangenomen.<sup>35</sup> Voor het aannemen van rechtsverwerking is alleen tijdsverloop onvoldoende,<sup>36</sup> terwijl in die gevallen het verjaringsrecht onverkort van toepassing is. De schuldeiser wordt daardoor alsnog aangespoord om zijn vordering niet te lang te laten liggen. Bij die gedachte past het om ook de klachtplichten als wettelijke vormen van rechtsverwerking buiten toepassing te laten.

Daar komt het volgende bij. De klachtplichten van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW worden gekenmerkt door een verstrekkend rechtsgewolg; rechtsverval. Daarmee verschillen de klachtplichten van rechtsverwerking. Rechtsverwerking heeft, als toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, in beginsel tot gevolg dat de schuldeiser zijn recht ‘niet meer geldend kan maken’. In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat daardoor het recht zelf niet tenietgaat.<sup>37</sup> In de literatuur is bovendien betoogd dat de sanctie van een succesvol beroep op rechtsverwerking kan variëren naargelang de ernst van

28 Concl. A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, NJ 2006/80 (Robinson/Molenaar), ECLI:NL:PHR:2006:AU4122, par. 2.15. De Hoge Raad kwam in zijn daaropvolgende arrest evenwel niet toe aan de cassatieklacht van Robinson over het toepassingsbereik van art. 6:89 BW. Dit omdat de Hoge Raad overwoog dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden door in het betoog van Robinson in de feitelijke instanties überhaupt een beroep op de klachtplicht te lezen. Daar voegt de Hoge Raad de sindsdien geldende regel aan toe dat rechtens art. 6:89 BW niet ambtshalve mogen toepassen, zie HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4122, NJ 2006/80 (Robinson/Molenaar), r.o. 3.4-3.5.

29 Concl. A-G Keus voor HR 23 maart 2007, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons), ECLI:NL:PHR:2007:AZ3531, par. 2.17; zie destijds in die zin Asser/Hijma 5-I 2001/543; Hijma is overigens nog steeds die opvatting toegedaan, zie Asser/Hijma 7-I 2019/802.

30 Vgl. in die zin Katan 2007, p. 46.

31 Concl. A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, NJ 2006/80 (Robinson/Molenaar), ECLI:NL:PHR:2006:AU4122, par. 2.15.

32 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank), r.o. 4.2.6.

33 HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968/251 (Pekingenden); vgl. R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020/22.

34 J.L. Smeehuijzen, Over de gespannen verhouding tussen de klachtplicht en verjaring, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 30-31; J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring, Deventer: Kluwer 2008, p. 324-327.

35 Smeehuijzen 2014, p. 31-32, 34.

36 Zie HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, NJ 2017/75 (Bab/Cordial c.s. & MHS); HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, RvdW 2005/75 (B/Zee); zie voor verdere rechtspraakverwijzingen Tjittes & Boom 2020/18.

37 Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018/435 en Tjittes & Boom 2020/26.

het gedrag van de schuldeiser. Proportionele werking dus.<sup>38</sup> Die gedachte heeft bovendien navolging gekregen in de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>39</sup>

De strenge sanctie van de klachtplichten ten opzichte van rechtsverwerking rechtvaardigt een duidelijke ondergrens voor toepassing van de wettelijke klachtplichten, zoals door de Hoge Raad geformuleerd in Brocacef/Simons. Voor de gevallen die als gevolg van die regel buiten de reikwijdte van art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW vallen, staat een beroep op rechtsverwerking open. De beperkende Brocacef/Simons-regel geldt daarvoor immers niet. In het kader van rechtsverwerking staat daar dan weer tegenover dat het mogelijk is om minder verstrekkende sancties aan te nemen.

#### 4.4 Categorijsche uitsluiting van de klachtplicht bij niet-presteren?

Art. 6:89 BW is volgens de Hoge Raad van toepassing op *alle* verbintenissen, dus ook op andere verbintenissen dan die tot aflevering van een zaak.<sup>40</sup> Daarmee rijst de vraag of het altijd zo is dat er in geval van niet-presteren (1) geen logisch aanwijsbaar moment in de tijd bestaat om te klagen en (2) de niet-presterende schuldenaar niet noemenswaardig in zijn positie wordt aangetast als een spoedige klacht achterwege blijft. Daarbij moet de ratio van de klachtplicht zelf helder op het netvlies blijven staan: het gaat erom de schuldenaar te beschermen tegen late en moeilijk betwistbare klachten.<sup>41</sup>

Ik denk dat in veel gevallen verdedigbaar is dat de klachtplicht bij niet-presteren buiten toepassing blijft. In geval van dienstverleningsovereenkomsten is er in de regel een 'leveringsmoment' aan te wijzen. Dat moment kan bijvoorbeeld worden gevonden in het verstrekken van een advies. Ook dan ontstaat een logisch moment om te klagen, terwijl er op dat moment onzekerheid bij de schuldenaar kan bestaan over de vraag of de geleverde prestatie aan de overeenkomst voldoet. Die onzekerheid is er denkkelijk niet als hij überhaupt niet presteerde. Er

kan bovendien nadeel aan schuldenaarszijde ontstaan bij het achterwege blijven van een tijdige klacht na het 'leveringsmoment'. Mogelijk kan hij het gebrek niet meer helen of de ontstane schade beperken. Denk bijvoorbeeld aan een onjuist advies van een belastingadviseur. Dit nadeel is veelal niet aanwezig als de prestatie geheel achterwege blijft.

Er zijn evenwel gevallen denkbaar waarbij ook de niet-presterende schuldenaar de bescherming van de klachtplicht verdient. Ook in dat geval kan een specifiek tijdsmoment ontstaan om te klagen en nadeel voor de schuldenaar optreden als de schuldeiser dat moment mist.

Ik noem het volgende voorbeeld. Een aannemer krijgt opdracht om een nieuwe vloer in een kantoorpand aan te leggen. Het blijkt dat een aantal vloerverwarmingsleidingen, die zich reeds onder de oude vloer bevinden, opnieuw afgedopt moet worden. De oude doppen zijn te zwak. De aannemer schakelt daartoe een onderaannemer in. De onderaannemer, een eenmanszaakje, vergeet in alle drukte deze afspraak. De hoofdaannemer ziet deze afspraak in de hectiek rondom de oplevering van het pand op zijn beurt ook over het hoofd, smeert de vloer dicht en brengt een nieuwe vloer aan. Vervolgens ontstaat er bij ingebruikname van de vloerverwarming lekkage. Een aantal van de oude doppen heeft het niet gehouden. Terwijl de eerste lekkageschade reeds begin 2020 aan de hoofdaannemer wordt gemeld, spreekt deze de onderaannemer pas in 2021 aan.

Het staat vast dat hier sprake is van een algeheel niet-presteren van de onderaannemer. Niettemin bestaat in dit geval, volgens de hiervoor geformuleerde ratio van de klachtplicht, aanleiding om toch een beroep op de klachtplicht te kunnen doen. Betoogd kan worden dat er een duidelijk moment ontstond om te klagen, namelijk na de afgesproken deadline voor het opnieuw afdoppen van de leidingen en vóórdat de hoofdaannemer de vloer dichtsmeerde. Daarna is immers niet goed meer te zien of de verwarmingsleidingen opnieuw zijn afgedopt. De onderaannemer verkeert na dat moment in een slechtere positie. Hij kan nog moeilijker bewijzen dat de leidingen wel of niet zijn afgedopt. Daar komt bij dat hij het gebrek niet kan herstellen zonder aanzienlijke schade toe te brengen aan de inmiddels nieuw gelegde vloer. De vloer zou daarvoor moeten worden opengeboren. Bovendien had de ingetreden schade bij eerder ingrijpen kunnen worden voorkomen of in ieder geval kunnen worden beperkt.

Ondanks het feit dat hier sprake is van een niet-presteren, is daarom naar mijn mening voldaan aan de ratio voor het toepassen van de klachtplicht. Ik denk daarbij zowel aan de hiervoor in paragraaf 4.3 geformuleerde ratio van de Brocacef/Simons-regel als aan de ratio van de klachtplicht zelf: bescherming van de schuldenaar tegen late en moeilijk betwistbare klachten.

Rechtvaardigt deze constatering nu het aannemen van een uitzondering op de Brocacef/Simons-regel voor dit geval? Dat

38 Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018/435; zie ook reeds W.M. Kleijn, annotatie onder HR 10 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4608, NJ 1984/250 (Peters/Peters), die betoogt dat in het BW voor een relatief werkende derogering is gekozen die niet verder strekt dan door de redelijkheid en billijkheid gevorderd wordt; zie in die zin reeds onder het oude recht G.J. Scholten, annotatie onder HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996, NJ 1968/251 (Pekingenden) en Ph.A.N.H. Houwing, Rechtsverwerking (preadvis Broederschap der Candidaat-Notarissen), Den Haag: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 39-46.

39 Zie HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7295, NJ 1998/86 (Voogt/mr. Kester q.q.), waarin is geoordeeld dat alleen sprake was van rechtsverwerking over een bepaalde periode; zie voorts over de proportionele werking van de redelijkheid en billijkheid zelf HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378 (Royal c.s./Polygram), waarin een beroep op een vervalbeding door een verzekeraar voor 90% onaanvaardbaar werd geacht; zie voor verdere rechtspraakverwijzingen Tjittes & Boom 2020/26.

40 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank).

41 TM, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 146; MvA II, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 152. Zie ook Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 316-317.

vraag ik mij af. De mogelijkheid van een uitzondering op deze regel doet afbreuk aan de rechtszekerheid die de klachtplicht nu juist beoogt te dienen. Dit terwijl niets de onderaannemer belet om zich tegen de vordering van de hoofdaannemer te verweren met een beroep op rechtsverwerking. Daarvoor geldt de toepassingsbeperking van Brocacef/Simons niet. Een beroep op rechtsverwerking heeft in dit soort gevallen naar mijn mening kans van slagen. Door de vloer dicht te smeren, de nieuwe vloer aan te leggen en daarna meer dan een jaar niets aan de onderaannemer te laten horen, kan bij de onderaannemer het gerechtvaardigd vertrouwen zijn gewekt dat de (hoofd)aannemer zich niet meer bij hem zou melden. Bovendien is de onderaannemer door het stilzitten van zijn wederpartij in zijn positie aangetast: hij verkeert in een moeilijke bewijspositie en had bij een eerdere melding de schade mogelijk kunnen voorkomen of beperken.<sup>42</sup>

Dit voorbeeld toont wat mij betreft aan dat de Brocacef/Simons-regel aan een categorie gevallen het beroep op de klachtplicht ontzegt waar dat dogmatisch gezien niet terecht lijkt. Het voert wat mij betreft evenwel te ver om voor die gevallen een uitzondering op de regel te bepleiten. Het overkoepelende leerstuk van rechtsverwerking kan voor die gevallen namelijk uitkomst bieden. Dit terwijl de rechtszekerheid er niet bij is gebaat om een uitzondering op de Brocacef/Simons-regel aan te nemen.

Tot slot zijn er overigens gevallen van niet-presteren denkbaar waarbij geen duidelijk tijdsmoment ontstond om te klagen, maar de schuldenaar als gevolg van het stilzitten van de schuldeiser niettemin wordt benadeeld. Zou voor dat soort gevallen een uitzondering op de Brocacef/Simons-regel moeten worden gemaakt? Ik denk van niet. Zoals aan het slot van paragraaf 4.3 betoogd, ontstaat het nadeel hier niet zozeer doordat de schuldeiser zijn moment om te klagen miste, maar vooral door tijdsverloop. Alleen tijdsverloop is echter niet voldoende voor het aannemen van rechtsverwerking.<sup>43</sup> In dat licht past het niet om op dit soort gevallen wel de klachtplicht toe te passen.

#### 4.5 De bewoordingen van art. 6:89 BW dwingen niet zonder meer tot categorische uitsluiting bij niet-presteren

Weliswaar baseert de Hoge Raad de Brocacef/Simons-regel mede op het feit dat art. 6:89 BW spreekt van een ‘gebrek in de prestatie’,<sup>44</sup> maar dat zou in mijn ogen niet tot de conclusie hoeven leiden dat een niet-presteren nooit onder de werkingssfeer van de bepaling kan vallen.

De Hoge Raad heeft ervoor gekozen om de woorden ‘gebrek in de prestatie’ beperkt te interpreteren. Die bewoordingen sluiten echter op zichzelf niet uit dat daaronder een nalaten kan worden begrepen, net zoals een ‘tekortkoming in de nakoming’ ex art. 6:74 BW kan bestaan in een nalaten. Beide bepalingen maken onderdeel uit van dezelfde afdeling 9 van titel 1 van Boek 6 BW: de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis. De titel van de afdeling is eveneens ruim geformuleerd.

Ik geef toe dat de wetsgeschiedenis bij art. 6:89 BW aanleiding geeft tot een strikte interpretatie van het begrip gebrek in de prestatie,<sup>45</sup> waar de wetsgeschiedenis bij art. 6:74 BW nu juist een ruime interpretatie van het begrip tekortkoming voorstaat.<sup>46</sup> De referentie aan de bewoordingen van art. 6:89 BW bij de introductie van de Brocacef/Simons-regel is in dat opzicht te volgen. Ik denk alleen wel dat de bewoordingen van art. 6:89 BW op zichzelf onvoldoende grond vormen om geen uitzonderingen op de Brocacef/Simons-regel aan te mogen nemen.

### 5 Geldt de Brocacef/Simons-regel ook bij gedeeltelijke niet-nakoming?

Waar de Hoge Raad in Brocacef/Simons de klachtplicht slechts niet van toepassing acht in de situatie waarin *in het geheel* niet is gepresteerd en de casus ook een geval van algeheel niet-presteren betreft, acht A-G Valk het in zijn conclusie bij het arrest van 15 oktober 2021 ook in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming van de overeenkomst mogelijk om de klachtplicht buiten toepassing te laten. Bovendien is de onderliggende casus van het arrest een geval van gedeeltelijke, zij het aanzienlijke niet-nakoming. De advocaat presteerde immers initieel wel. De Hoge Raad merkt de casus aan als een geval van algeheel niet-presteren vanaf het moment dat de advocaat niets meer deed voor de cliënt.

In de literatuur hebben vooral Katan<sup>47</sup> en J.J. Valk<sup>48</sup> aandacht aan deze discussie besteed. Beiden hebben betoogd dat in geval van gedeeltelijke niet-nakoming telkens moet worden beoordeeld of art. 6:89 BW van toepassing is. Gekeken moet worden naar de mate waarin de schuldenaar onzeker kan zijn over de deugdelijkheid van de nakoming en naar de kwalificatie van de tekortkoming als gebrek in de prestatie. Dat laatste is een vraag van contractsuitleg. Beoordeeld moet worden of sprake is van één hoofdprestatie die bestaat uit verschillende deelprestaties, of juist van meerdere zelfstandige hoofdprestaties. Volgens Katan moet niet te snel worden geconcludeerd dat verschillende contractuele prestaties niet samenhangen, zodat bij niet-nakoming van één van die prestaties de klachtplicht niet geldt.<sup>49</sup>

42 Vgl. HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827, NJ 1996/89 (Van den Bos/Provincial), r.o. 3.3; HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, RvdW 2005/75 (B/Zee); HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, NJ 2017/75 (Bab/Cordial c.s. & MHS).

43 Zie HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2574, NJ 2017/75 (Bab/Cordial c.s. & MHS); HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, RvdW 2005/75 (B/Zee); zie voor verdere rechtspraakverwijzingen Tjittes & Boom 2020/18.

44 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons), r.o. 4.3.

45 TM, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 316; VV II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 317.

46 TM, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 258.

47 Katan 2007.

48 Valk 2020, par. 5.4.

49 Katan 2007, p. 46-47.

De vraag of bij gedeeltelijke niet-nakoming sprake is van een niet-presteren waarop de klachtplicht niet van toepassing is, zal zich niet steeds eenvoudig laten beantwoorden. Ik bespreek hierna een aantal voorbeelden.

Ten eerste noemt Katan het simpele geval waarin de verkoper 5000 kilogram graan aan een koper moet leveren, maar de koper in feite 4997 kilogram aflevert. Volgens Katan zal dat als een gebrekkige prestatie kwalificeren waarvoor een klachtplicht geldt. Katan merkt in mijn ogen terecht op dat deze conclusie aansluit bij art. 7:17 lid 3 BW, dat bepaalt dat niet aan de conformiteitseis wordt voldaan indien het afgeleverde in getal, maat of gewicht afwijkt van het overeengekomene.<sup>50</sup>

Hoe zit het echter met een verplichting tot levering van telkens twee exemplaren van tweehonderd verschillende soorten bloemen, waarbij de leverancier nalaat twee van de tweehonderd paren te leveren?<sup>51</sup> Is hier sprake van een niet-presteren ten aanzien van de twee niet-geleverde typen bloemen, waarop de klachtplicht niet van toepassing is? Katan merkt op dat deze situatie in art. 7:17 lid 3 BW weliswaar niet expliciet als non-conform wordt aangemerkt, maar het desalniettemin wenselijk kan zijn om een klachtplicht aan te nemen. In dit geval kan net zo goed onzekerheid bestaan over de deugdelijkheid van de nakoming, merkt Katan in mijn ogen wederom terecht op.<sup>52</sup>

Is de klachtplicht van toepassing wanneer slechts een gedeelte van een gekocht parkeerterrein wordt overgedragen? Het gaat in dit geval om een situatie waarin het bedoelde stuk grond is gelegen op twee percelen. Koper en verkoper waren zich daar bij het sluiten van de koopovereenkomst niet van bewust. Slechts één perceel wordt overgedragen. Na onderzoek door de architect van de koper wordt vastgesteld dat het overgedragen perceel slechts een deel van het parkeerterrein bestrijkt. De koper vordert in rechte nakoming van de koopovereenkomst van de verkoper, bestaande uit levering van het relevante gedeelte van het andere perceel. De verkoper beroept zich op art. 7:23 lid 1 BW, nu de koper pas een kleine drie jaar na levering van het eerste perceel over dit gebrek heeft geklaagd.<sup>53</sup>

Op basis van contractsuitleg concludeert het gerechtshof Amsterdam in zijn arrest van 15 december 2020 dat partijen hebben bedoeld het gehele parkeerterrein in eigendom over te dragen. In dat geval is mijns inziens sprake van een gebrekkige prestatie: er is weliswaar geleverd en dus gepresteerd, maar gebrekkig, omdat slechts een deel van het verkochte is overgedragen. Het hof denkt hier anders over. Het overweegt met verwijzing naar Brocacef/Simons dat art. 7:23 lid 1 BW, net als het algemene art. 6:89 BW, slechts betrekking heeft op gebreken in het *afgeleverde* en niet kan worden ingeroepen indien

de prestatie niet is verricht. Daarom verwerpt het hof het beroep van de verkoper op de klachtplicht.<sup>54</sup>

Naar mijn mening is dit oordeel onjuist. Het hof ziet de leveringsverplichting van de verkoper vanwege de afzonderlijke kadastrale percelen die moeten worden overgedragen, kennelijk als twee afzonderlijke prestaties. Wat mij betreft is dat niet goed te rijmen met de conclusie van het hof dat de koopovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat het gehele parkeerterrein overgedragen moet worden. Contractueel gezien is dat één prestatie. Het feit dat goederenrechtelijk gezien twee percelen moeten worden overgedragen, doet daar niet aan af. Ik constateer bovendien dat de verkoper aanleiding had om de klachtplicht in te roepen: hij heeft in de tussentijd het tweede perceel aan een ander verkocht.<sup>55</sup> Hij is dus door het stilzitten van de koper in zijn positie aangetast: hij kan het gebrek niet langer herstellen. Wat mij betreft had de klachtplicht hier moeten worden toegepast.<sup>56</sup>

Naast de hiervoor besproken voorbeelden rijst de vraag hoe met het nalaten van verplichtingen op grond van een contractuele zorgplicht moet worden omgesprongen. In het arrest Van de Steeg/Rabobank heeft de Hoge Raad onder meer (1) bepaald dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen en (2) de klachtplicht vervolgens toegepast op de bancaire zorgplicht.<sup>57</sup> Op basis van dit arrest is door J.J. Valk in mijn ogen terecht de conclusie getrokken dat de klachtplicht in brede zin van toepassing is op contractuele zorgplichten en dus ook op de zorgplicht van, bijvoorbeeld, de werkgever en de opdrachtnemer.<sup>58</sup> In de zaak Van de Steeg/Rabobank was onder meer sprake van een nalaten van de bank in het kader van de bancaire zorgplicht.<sup>59</sup> Kwalificeert dat als een 'niet-presteren' waarvoor geen klachtplicht geldt? Ik zet de term 'niet-presteren' tussen aanhalingstekens, omdat discussie bestaat over de vraag of een contractuele zorgplicht als verbintenis moet worden aangemerkt en dus, als onderdeel van de verbintenis, sprake kan zijn van een 'prestatie'.<sup>60</sup> Hoe het ook zij, nu de Hoge Raad art. 6:89 BW op contractuele zorgplichten toepast, rijst ook in dit verband de vraag wanneer de Brocacef/Simons-regel opgeld doet.

50 Katan 2007, p. 47.

51 Katan 2007, p. 47.

52 Katan 2007, p. 47.

53 Zie Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3480.

54 Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3480, r.o. 3.14.

55 Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3480, r.o. 3.15.

56 Mogelijk was de koper zijn vordering daardoor overigens niet kwijtgeraakt, omdat de casus aanleiding biedt voor de veronderstelling dat de koper het gebrek pas ontdekte na het onderzoek van zijn architect en hij vrij snel na dat onderzoek heeft geklaagd, zie r.o. 3.1 van het arrest.

57 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank).

58 Zie Valk 2020, par. 4.

59 Het gaat o.m. om het niet waarschuwen voor de gevolgen van bepaalde transacties en het nalaten actief in te grijpen op momenten dat dit wellicht noodzakelijk was, vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank), r.o. 3.2.

60 Vgl. Valk 2020, par. 4; een nadere bespreking van deze discussie gaat het bestek van dit artikel te buiten.



Nemen wij een doorsnee bancaire zorgplichtcasus uit de lagere rechtspraak als voorbeeld.<sup>61</sup> De bank verschaft een klant op diens verzoek krediet, waarvan het renterisico wordt afgedekt met meerdere renteswaps. De klant zegt schade te lijden als gevolg van de renteswaps. De klant verwijt de bank niet te hebben gewaarschuwd voor de aan de renteswap verbonden risico's. Ook zou de bank zich er niet van hebben vergewist dat de klant zich bewust was van dergelijke risico's. Daarnaast zou de bank bij een van de renteswaps hebben verzuimd een cliëntprofiel op te stellen. Tot slot zou de bank hebben verzuimd alternatieve renteopties met de klant te bespreken.<sup>62</sup> De rechtbank neemt een schending van art. 6:89 BW aan, kort gezegd omdat de klant ruim vier jaar heeft gewacht met enige klacht over deze tekortkomingen.<sup>63</sup>

Er is niet gedebatteerd over de vraag of de klachtplicht van toepassing is. Hoe was dat debat uitgevallen? Enerzijds kan worden betoogd dat de bancaire zorgplicht ten dienste staat aan de te leveren prestatie van de bank. Informatieplichten die voortvloeien uit de bancaire zorgplicht brengen met zich dat de bank zijn diensten op de specifieke wensen van de klant kan afstemmen. In zoverre vormt de bancaire zorgplicht allicht geen 'zelfstandige prestatie' in het kader van art. 6:89 BW. In de hiervoor weergegeven casus valt te denken aan de verplichting tot het opstellen van een cliëntprofiel. Anderzijds vloeien verplichtingen uit de bancaire zorgplicht voort die, zoals de Hoge Raad in vaste rechtspraak steevast overweegt, mede dienen ter bescherming van de klant.<sup>64</sup> De bank dient de klant zodanig te informeren dat hij een weloverwogen beslissing kan nemen. De bank dient zich er daarbij van te vergewissen dat de klant doordrongen is van alle risico's die aan een financieel product kleven. Onder omstandigheden moet de bank de klant expliciet waarschuwen voor het bestaan van dergelijke risico's.<sup>65</sup> Van dit soort verplichtingen kan worden gezegd dat zij een meer zelfstandig karakter hebben, zodat het eerder in de rede ligt om daarop de Brocacef/Simons-regel toe te passen. Het zal mijns inziens afhangen van het precieze verwijt van de klant of de Brocacef/Simons-regel opgeld doet.

De hiervoor besproken voorbeelden geven aan dat er met enige moeite wel antwoorden te vinden zijn op de vraag of de Brocacef/Simons-regel geldt in geval van gedeeltelijke niet-nakoming. De voorbeelden laten echter ook zien dat juridische haarkloverij daarbij niet altijd te vermijden is. Ik denk dat dat zijn doel voorbijschiet: de klachtplicht beoogt de rechtszekerheid te dienen door de schuldenaar te beschermen tegen late

en daardoor moeilijk te betwisten klachten.<sup>66</sup> De rechtszekerheid is er niet bij gebaat wanneer in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming telkens discussie ontstaat over de vraag of de klachtplicht van toepassing is. Ik vraag me bovendien af of de Hoge Raad het zo heeft bedoeld. De Hoge Raad heeft in Brocacef/Simons nadrukkelijk overwogen dat sprake moet zijn van een *in het geheel niet presteren*.<sup>67</sup>

Daar komt bij dat het naar mijn mening niet in lijn is met de in paragraaf 4 hiervoor geformuleerde ratio van de Brocacef/Simons-regel om die regel toe te passen in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming. In die gevallen is immers wel gepresteerd, zodat een tijdstip moment ontstaat om te klagen. Bovendien laat een aantal van de hiervoor genoemde voorbeelden zien dat in dit soort gevallen evenzogoed bewijsperikelen en nadeel aan schuldenaarszijde kunnen ontstaan als gevolg van een ontijdige klacht van de schuldeiser. Dat is nu juist waartegen de klachtplichten beoogen te beschermen.

Naar mijn mening dient de klachtplicht in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming dan ook onverkort te worden toegepast. Dat sluit het beste aan bij het arrest Brocacef/Simons en heeft als voordeel dat netelige formele discussies over de toepassingsvraag van art. 6:89 en/of art. 7:23 lid 1 BW uit de weg worden gegaan. Bovendien zie ik weinig risico voor onbevredigende resultaten bij de door mij voorgestane ondergrens voor toepassing van de Brocacef/Simons-regel. Bij de inhoudelijke toetsing van een klachtplichtberoep zijn voldoende mogelijkheden om onbevredigende uitkomsten te voorkomen. Die mogelijkheid zit met name in de bepaling van de lengte van de klachttermijn. Volgens Van de Steeg/Rabobank is een klacht immers niet snel ontijdig als de schuldenaar door het tijdstip van de klacht niet concreet is benadeeld.<sup>68</sup>

In dit licht rijst de vraag hoe wij het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2021 moeten begrijpen. Duidelijk is in ieder geval dat de Hoge Raad het optreden van de advocaat als een geval van *geheel niet presteren* aanmerkt. De Hoge Raad overweegt dat in cassatie vaststaat dat de advocaat vanaf 17 januari 2007 feitelijk niet meer de belangen van de cliënt heeft behartigd en *iedere verdere prestatie* onder de overeenkomst achterwege heeft gelaten.<sup>69</sup> Het is de Hoge Raad kennelijk niet alleen om het achterwege laten van de stuiting te doen, op basis waarvan A-G Valk tot vernietiging concludeert,<sup>70</sup> als wel om het feit dat de advocaat vanaf een bepaald moment geen enkele prestatie heeft geleverd.

Dit arrest moet naar mijn mening dan ook zo worden begrepen, dat vanaf een bepaald moment in de tijd duidelijk sprake

61 Zie Rb. Overijssel 31 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:456, NJF 2018/178.

62 Rb. Overijssel 31 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:456, NJF 2018/178, r.o. 4.1-4.15.

63 Rb. Overijssel 31 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:456, NJF 2018/178, r.o. 5.15-5.16.

64 Vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank), r.o. 4.3.1.

65 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank), r.o. 4.3.1.

66 Tjittes & Boom 2020/31.

67 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons), r.o. 4.3.

68 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank), r.o. 4.3.1.

69 HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, NJ 2021/335, r.o. 3.3.

70 Concl. A-G Valk voor HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:765, par. 3.6-3.7.

was van een algeheel niet-presteren. Hoewel de casus iets afwijkt van Brocacef/Simons, is de uitkomst daarmee aldus in lijn te brengen. Uit het feit dat het arrest slechts door drie raadsheren is gewezen (in plaats van vijf), is bovendien af te leiden dat de Hoge Raad met dit arrest geen koerswijziging heeft beoogd. De rechtsregel uit Brocacef/Simons is en blijft daarom in mijn ogen leidend voor het toepassingsbereik van art. 6:89 (en art. 7:23 lid 1) BW.

## 6 Conclusie

In deze bijdrage heb ik geconstateerd dat de toepassingsregel voor art. 6:89 BW uit Brocacef/Simons op het eerste oog niet stoelt op een overtuigende rechtvaardiging van de veronderstelling dat de niet-presterende schuldenaar geen bescherming van de klachtplicht zou verdienen. Bij nadere beschouwing lijkt de rechtvaardiging daarvan vooral te zijn gelegen in het feit dat bij niet-presteren (1) geen logisch moment in de tijd ontstaat om te klagen en (2) de schuldenaar door het achterwege blijven van een klacht niet wordt benadeeld. Die gedachtegang sluit aan bij het leerstuk van rechtsverwerking. In het merendeel van de gevallen van niet-nakoming lijkt die veronderstelling bovendien te kloppen. Voor die gevallen van niet-presteren waarbij wel degelijk een logisch tijdsmoment ontstaat om te klagen én de schuldenaar wordt benadeeld als de schuldeiser op dat moment stil blijft zitten, kan allicht worden betoogd dat de klachtplicht wél van toepassing moet zijn. Het lijkt mij echter niet nodig om voor dit soort gevallen een uitzondering op de Brocacef/Simons-regel te maken. Op dit soort casus is namelijk het leerstuk van rechtsverwerking van toepassing. Daarmee kunnen in de praktijk dezelfde resultaten worden bereikt.

Vervolgens ben ik ingegaan op de mogelijkheid van toepassing van de Brocacef/Simons-regel in gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming. Aan de hand van een aantal voorbeelden illustreerde ik dat deze mogelijkheid tot ongewenste juridische haarkloverij zou kunnen leiden. Ik denk niet dat de Hoge Raad bedoeld heeft om de klachtplicht in dit soort gevallen buiten toepassing te laten voor wat betreft het niet-nagekomen gedeelte van de overeenkomst. Het past naar mijn mening bovendien niet bij de achterliggende gedachte van de Brocacef/Simons-regel om aan die regel werking toe te kennen bij gevallen van gedeeltelijke niet-nakoming: er ontstaat ook in die gevallen immers een tijdsmoment om te klagen en er kan evenzogoed nadeel aan schuldenaarszijde ontstaan als gevolg van een ontijdige klacht. Wat mij betreft dient in dit soort gevallen dan ook de klachtplicht te worden toegepast. Bij de inhoudelijke toetsing van de klachtplicht zijn vervolgens voldoende schuldeisersvriendelijke gezichtspunten voorhanden om onredelijke uitkomsten te voorkomen.