

## **De onderzoeks- en klachtplicht van de artikelen 6:89 en 7:23 BW.**

Op 8 februari 2013 heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen (LJN:BY4600) over de onderzoeks- en klachtplicht van de artikelen 6:89 en 7:23 BW., die handelen over gebreken in een prestatie of in de aflevering van een verkochte zaak. In samenhang met de conclusie van de Procureur-Generaal mr. Wissink geeft dit arrest een helder overzicht van deze in de rechtspraak zo belangrijke materie. Aan de hand van het arrest en deze conclusie, mede gebaseerd op gevolgde cursussen, zijn deze notities gemaakt.

### **1. Inhoud en ratio artikel 6:89 BW.**

De bepaling van artikel 6:89 houdt in dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.

Blijkens de wetsgeschiedenis berust deze bepaling op de gedachte dat een schuldenaar 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, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt. Hoeveel tijd de schuldeiser voor een en ander ten dienste staat, moet naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken worden beoordeeld (Parl. Gesch. Boek 6, p. 316-317).

### **2. Artikel 7:23 BW. Inhoud en ratio.**

Art. 7:23 BW bevat voor koop een regel die vergelijkbaar is met die van art. 6:89 BW en die dezelfde ratio kent. Art. 7:23 lid 1, eerste zin, BW houdt in dat de koper geen beroep meer erop kan doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Deze bepaling beschermt de verkoper tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten, door voor de koper een korte termijn voor te schrijven om over het niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst te klagen (Parl. Gesch. Boek 7, p. 146, en HR 29 juni 2007, LJN AZ4850)

Art. 7:23 lid 1 belichaamt een compromis belichaamt tussen de belangen van de koper en de verkoper; enerzijds verliest de koper niet reeds zijn mogelijkheden door het enkele feit dat hij de zaak zonder protest in ontvangst neemt, anderzijds duurt de periode van onzekerheid voor de verkoper niet te lang.

### **3. (Overeenkomstige) toepassing.**

Evenals bij artikel 7:23 lid 1 BW gaat het bij artikel 6:89 BW om een uitwerking van het beginsel van rechtsverwerking. Overwegingen van rechtszekerheid in verband met een goed en ordelijk handelsverkeer (bijvoorbeeld toeleveranciers) spelen hierbij een rol.

Bij een beroep op art. 6:89 BW in geval van een gesteld gebrek in een prestatie die in iets anders bestaat dan in de aflevering van een verkochte zaak zijn de regels die gelden

bij art. 7:23 BW van overeenkomstige toepassing.

Art. 6:89 BW is van toepassing op alle verbintenissen, waaronder ook die uit beleggingsadviesrelaties (HR 11 juni 2010, LJN BL8297, Van Lanschot).

In zijn arrest van 23 november 2007, LJN BB 3733 overwoog de Hoge Raad dat art. 6:89 en art. 7:23 lid 1 BW gelden voor iedere rechtsvordering van de schuldeiser die (en ieder verweer dat) feitelijk is gegrond is op het niet-beantwoorden van de verrichte prestatie aan de overeenkomst, ook indien door de schuldeiser op deze grondslag een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd.

Bij herstel. De Hoge Raad bevestigde in zijn arrest van 29 juni 2007, LJN AZ4850) dat art. 7:23 lid 1 mede het geval bestrijkt dat de verkoper de zaak opnieuw aan de koper aflevert nadat hij daaraan herstelwerkzaamheden heeft verricht op verzoek of na sommatie van de koper.

#### 4. **Bekwame tijd.**

Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad kan de vraag of de koper binnen de bekwame tijd als bedoeld in art. 7:23 lid 1 heeft gereclameerd over gebreken aan de afgeleverde zaak, niet in algemene zin worden beantwoord. In de in de eerste zin van die bepaling geregelde gevallen dient de koper (a) ter beantwoording van de vraag of de hem afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt het in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem te verwachten onderzoek te verrichten en (b) binnen bekwame tijd nadat hij heeft ontdekt of bij een dergelijk onderzoek had behoren te ontdekken dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, hiervan kennis te geven aan de verkoper. De lengte van de termijn die beschikbaar is voor het onder (a) bedoelde onderzoek is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang zijn de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt, en de deskundigheid van de koper. Een onderzoek door een deskundige kan noodzakelijk zijn. Wat betreft de lengte van de onder (b) bedoelde termijn dient in het geval van een niet-consumentenkoop de vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn. Een vaste termijn kan daarbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt (HR 29 juni 2007, LJN AZ7617).

#### 5. **Alle omstandigheden van het geval.**

Voorts heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de onderzoeks- en klachtplicht van de koper niet los kunnen worden gezien van de aard van de gekochte zaak en de overige omstandigheden, omdat daarvan afhankelijk is wat de koper kan en moet doen om een eventueel gebrek op het spoor te komen en aan de verkoper mededeling te doen van een met voldoende mate van waarschijnlijkheid vastgestelde tekortkoming. Naarmate de koper op grond van de inhoud van de koopovereenkomst en de verdere omstandigheden van het geval sterker erop mag vertrouwen dat de zaak beantwoordt aan de overeenkomst, zal van hem minder snel een (voortvarend) onderzoek mogen worden verwacht, omdat de koper in het algemeen mag afgaan op de juistheid van de hem in dit verband door de verkoper gedane mededelingen, zeker als die mogen worden opgevat als geruststellende verklaringen omtrent de aan- of afwezigheid van bepaalde

eigenschappen van het gekochte. De vereiste mate van voortvarendheid wat betreft de onderzoeksplicht zal voorts afhangen van de ingewikkeldheid van het onderzoek. Bij dit alles is in belangrijke mate mede bepalend of de belangen van de verkoper zijn geschaad, en zo ja, in hoeverre. Als die belangen niet zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende reden zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. In dit verband kan de ernst van de tekortkoming meebrengen dat een nalatigheid van de koper hem niet kan worden tegengeworpen (HR 25 maart 2011, LJN BP8991).

Het bovenstaande mee dat (zoals al besloten ligt in HR 8 oktober 2010, LJN BM9615) bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, acht dient te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. (o.a. waarneembaarheid van de afwijking, de deskundigheid van partijen, de onderlinge verhouding van partijen, de aanwezige juridische kennis en de behoefte aan voorafgaand deskundig advies)(Jarenlange adviesrelatie. Rechtbank Rotterdam 16 juli 2008 LJN:BD8700. Rechtbank Amsterdam 8 april 2009 LJN:BJ2303.)

## 6. **Nadeel. Bewijspositie. Herstel.**

Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van art. 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 art. 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.

## 7. **Zorgplicht baken en klachtplicht particulier.**

Indien de cliënt, eventueel na (deskundig) onderzoek, bekend is geworden met het tekortschieten door de bank in haar zorgplicht, of daarmee redelijkerwijs bekend had moeten zijn, dient hij terzake op de voet van art. 6:89 BW binnen bekwame tijd te protesteren. Daarbij moet hem een redelijke termijn voor beraad worden gegund. Bij de beoordeling of het beroep van de bank op art. 6:89 BW gegrond is, komt voorts groot gewicht toe aan het antwoord op de vraag of de bank nadeel lijdt in de hiervoor in 4.2.6 bedoelde zin door het tijdsverloop tussen het moment van ontdekking van de tekortkoming en het moment waarop is geprotesteerd.

*4.3.1 Volgens vaste rechtspraak rust op de bank als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener een bijzondere zorgplicht bij beleggingsadviesrelaties met particuliere beleggers. Die zorgplicht behelst onder meer dat de bank vooraf naar behoren onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en dat zij hem dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepaste beleggingsvorm zijn verbonden, alsook voor het feit dat een door hem voorgenomen of toegepaste beleggingsstrategie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Deze plicht strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen*

*lichtvaardigheid. Zij geldt bij uitstek als de cliënt handelt in opties (vgl. onder meer HR 26 juni 1998, LJN ZC2686, NJ 1998/660, HR 11 juli 2003, LJN AF7419, NJ 2005/103, HR 5 juni 2009, LJN BH2815, BH2811 en BH2822, NJ 2012/182-184, HR 24 december 2010, LJN BO1799, NJ 2011/251, en HR 3 februari 2012, LJN BU4914, NJ 2012/95).*

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

*4.3.3 De omstandigheid dat de beleggingen waarop de beleggingsadviesrelatie betrekking heeft, een tegenvallend rendement hebben of tot verliezen leiden, wijst niet zonder meer op een tekortschieten van de bank. Deze enkele omstandigheid behoeft voor de cliënt dan ook in beginsel niet een reden voor onderzoek te zijn. Overeenkomstig het hiervoor in 4.2.4 overwogene geldt dat des te meer indien de bank als oorzaak voor tegenvallende rendementen of verliezen omstandigheden noemt die niet in haar risicosfeer liggen, zoals de heersende marktomstandigheden, of indien de bank geruuststellende mededelingen doet. De cliënt mag immers in beginsel afgaan op dergelijke mededelingen van de bank als de in de onderlinge verhouding deskundige partij.*

## **8. Onderzoeksplicht en mededelingsplicht koper woning.**

In het reeds hierboven genoemde arrest HR 29 juni 2007, LJN AZ7617 ging het over de vraag of de (particuliere) koper van een twintig jaar oude woning binnen bekwame tijd als voorgeschreven door art. 7:23 had gereclameerd over de gebreken aan de afgeleverde zaak (in casu schimmel en houtrot). De Hoge Raad stelde voorop dat de vraag of de koper binnen bekwame tijd als bedoeld in art. 7:23 lid 1 heeft gereclameerd over gebreken in de afgeleverde zaak niet in algemene zin kan worden beantwoord. Op de koper rust, aldus uw Raad, een onderzoeksplicht en een mededelingsplicht. Wat betreft de lengte van de onderzoekstermijn overwoog de Hoge Raad dat deze afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Uw Raad overwoog: "Het onderzoek dient, gelet op de door art. 7:23 lid 1 beschermde belangen van de verkoper, door de koper te worden ingesteld en uitgevoerd met de voortvarendheid die gelet op de omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden gevergd. In dat verband kunnen onder meer van belang zijn de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt, en de deskundigheid van de koper. Onder omstandigheden kan voor beantwoording van de vraag of de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt, een onderzoek door een deskundige nodig zijn (...). In beginsel mag de koper de uitslag van dit onderzoek afwachten zonder de verkoper van het onderzoek op de hoogte te brengen. Wanneer echter mag worden verwacht dat met het onderzoek langere tijd is gemoeid, of zulks tijdens de loop daarvan blijkt, volgt uit de strekking van art. 7:23 lid 1 dat de koper aan zijn wederpartij onverwijld kennis dient te geven van dat onderzoek en de verwachte duur ervan."

Wat betreft de lengte van de termijn die geldt voor de mededelingsplicht overwoog de Hoge Raad: "In het geval van een niet-consumentenkoop dient de vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied te worden beantwoord onder afweging

van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn. Een vaste termijn kan daarbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt."

In zijn arrest van 25 maart 2011, LJN BP8991, waarin het ging om de verkoop van verontreinigde grond, heeft de Hoge Raad het volgende overwogen. De klachtplicht (en de daaraan voorafgaande onderzoeksplicht) van de koper kunnen niet los worden gezien van de aard van de gekochte zaak en de overige omstandigheden omdat daarvan afhankelijk is wat de koper kan en moet doen om een eventueel gebrek op het spoor te komen en aan de verkoper mededeling te doen van een met voldoende mate van waarschijnlijkheid vastgestelde tekortkoming. Naarmate de koper op grond van de inhoud van de koopovereenkomst en de verdere omstandigheden van het geval sterker erop mag vertrouwen dat de zaak beantwoordt aan de overeenkomst, zal van hem minder snel een (voortvarend) onderzoek mogen worden verwacht omdat de koper in het algemeen mag afgaan op de juistheid van de hem in dit verband door de verkoper gedane mededelingen, zeker als die mogen worden opgevat als geruststellende verklaringen omtrent de aan- of afwezigheid van bepaalde eigenschappen van het gekochte. Hierbij is in belangrijke mate bepalend in hoeverre de belangen van de verkoper al dan niet zijn geschaad. Als de verkoper niet in zijn belangen is benadeeld, zal er niet spoedig voldoende reden zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten.

#### 9. **Stelplicht en bewijslast.**

In zijn arrest van 23 november 2007, LJN BB 3733 overwoog de Hoge Raad da op de schuldeiser in verband met het bepaalde in art. 6:89 BW en in art. 7:23 BW de verplichting rust te stellen, en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen, dat en op welke wijze hij tijdig en op een voor de schuldenaar kenbare wijze heeft geklaagd over de tekortkoming.

In het arrest HR 11 juni 2010, LJN BL8297, (Van Lanschot Bankiers) stelde de Hoge Raad voorop dat het in artikel 6:89 BW bedoelde protest, gelet op artikel 3:37 lid 1 BW, vormvrij is. Hij oordeelde dat de schuldeiser - gelet op de aan de protesteerplicht ten grondslag liggende ratio - in beginsel zijn wederpartij, voor zover mogelijk, dient te informeren over de gestelde aard of omvang van de tekortkoming en dat hij niet kan volstaan met de enkele mededeling aan de wederpartij dat de door deze verrichte prestatie ten achter blijft met hetgeen de verbintenis vergt.

De feitenrechter mag het al dan niet voldoen aan de klachtplicht niet ambtshalve toetsen. (HR 20 januari 2006 NK 2006,90)

In tegenstelling tot bij verjaring, waar het gaat om daadwerkelijke bekendheid, gaat het bij de wettelijke klachtplicht over het moment waarop de schuldeiser het gebrek kende of redelijkerwijs behoorde te kennen; de onderzoeksplicht.

