

# 71. Kijken door een nieuwe bril naar de stelplicht en bewijslast bij de klachtplicht

MR. D.F. SPOORMANS

De Hoge Raad heeft op 12 december 2014 een nieuw arrest gewezen in de kwestie *Far Trading B.V./Edco Eindhoven B.V.*<sup>1</sup> Met dit arrest is een duidelijke invulling gegeven aan de verdeling van de stelplicht en bewijslast bij een beroep op de klachtplicht van de artikelen 6:89 en 7:23 BW. Die invulling is anders dan eerder werd aangenomen.

## 1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over specifiek de bewijslastverdeling bij de klachtplicht van de artikelen 6:89 en 7:23 BW. Voor een meer algemene bespreking van de klachtplicht als leerstuk tot en met de laatste grote mijlpaal, zijnde een drietal arresten van de Hoge Raad van 8 februari 2013,<sup>2</sup> wordt verwezen naar de (overzichts)artikelen van Neering en mijzelf in ORP 2013, nr. 6 en 2013, nr. 7.<sup>3</sup> Voorts wijs ik op de nadien door de Hoge Raad gewezen arresten van 7 februari 2014<sup>4</sup> en 9 mei 2014.<sup>5</sup>

## 2. Stand van zaken vóór 12 december 2014

### *Het paradoxale uitgangspunt*

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 20 januari 2006 inzake Robinson tegen Molenaar bepaald dat de rechter de klachtplicht niet ambtshalve mag toepassen, zodat het

aan de schuldenaar (verkoper) is om daarop een beroep te doen.<sup>6</sup> In zijn arrest van 23 november 2007 in de procedure tussen Ploum en Smeets oordeelde de Hoge Raad in r.o. 4.8.4:<sup>7</sup>

“(…) Het hof heeft voorts miskend dat op Smeets [zijnde schuldeiser, toevoeging DFS] in verband met het bepaalde in art. 6:89 BW en in art. 7:23 BW de verplichting rustte te stellen, en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen, dat en op welke wijze zij tijdig en op een voor Ploum kenbare wijze heeft geklaagd over de onderhavige tekortkoming.”

Uit het samenstel van die (paradoxaal ogende) arresten volgde, zo werd aangenomen althans,<sup>8</sup> dat weliswaar op de schuldenaar (verkoper) de verplichting rustte om de discussie inzake de klachtplicht als het ware te ‘activeren’, doch de stelplicht en bewijslast dat ‘tijdig’ is geklaagd bij de schuldeiser (koper) ligt. In het begrip ‘tijdig’ ligt een normatief element besloten, zodat het niet alleen gaat om de vraag hoe en wanneer is geklaagd, maar ook of dit in de gegeven omstandigheden ‘binnen bekwame tijd’ is geweest als bedoeld in de artikelen 6:89 en 7:23 BW.

### *Meningenstrijd in de juridische literatuur*

In de juridische literatuur is de toedeling van de stelplicht en bewijslast aan de schuldeiser (koper) overwegend kritisch ontvangen. De critici hebben in dit verband in de kern aangevoerd dat de klachtplicht naar haar aard primair

1 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593 (*Far Trading/Edco Eindhoven II*). In het kader van hetzelfde zakelijke geschil heeft de Hoge Raad eerder op 3 december 2010 een arrest gewezen dat echter geen betrekking heeft gehad op de klachtplicht, zie HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO0183, NJ 2010, 652 (*Far Trading/Edco Eindhoven*).

2 Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, «JOR» 2013/106 (*Van de Steeg c.s./Rabobank*), Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, «JOR» 2013/107 (*Kramer/Van Lanschot*) en Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, «JOR» 2013/108 (*Van Lanschot/Grove*).

3 D.F. Spoormans en V.M. Neering, ‘De klachtplicht praktisch belicht na de 8 februari-arresten (deel 1)’, ORP 2013, nr. 6 en V.M. Neering en D.F. Spoormans, ‘De klachtplicht praktisch belicht na de 8 februari-arresten (deel 2)’, ORP 2013, nr. 7.

4 HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:260, «JOR» 2014/92 m.nt. Bakker. Zie voor kritiek op deze uitspraak voorts T.H.M. van Wechem en J.G.J. Rinkes, ‘Kroniek Vermogensrecht’, NJB 2014, 791.

5 HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1077, NJ 2014, 275.

6 Hoge Raad 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4122, NJ 2006, 80 (*Robinson/Molenaar*), r.o. 3.4-3.5.

7 Hoge Raad 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008, 552 (*Ploum/Smeets*).

8 Zie voor verwijzingen naar literatuur onder andere de voetnoten 9 en 14 van deze bijdrage.

dient te worden gezien als een bepaling die een uitzondering aanbrengt op de rechten van de schuldeiser (koper) nu een schuldenaar (verkoper) in principe aansprakelijk is voor zijn tekortkoming, zodat een beroep op het niet tijdig klagen een in beginsel bevrijdend verweer oplevert.<sup>9</sup> Daarbij is ook wel een vergelijking gemaakt met rechtsverwerking en verjaring als aan de klachtplicht verwante rechtsvormen, waarbij de bewijslast wel rust op de partij die zich daarop beroept om zich ontslagen te achten van haar verplichting.<sup>10</sup> In dit kader is ook aangevoerd dat waar de Hoge Raad benadrukt dat de wettelijke regelingen van de klachtplicht niet enkel strekken tot bescherming van de schuldenaar (verkoper), maar dat tevens het belang van de schuldeiser (koper) in acht moet worden genomen, geen grond meer bestaat om de bewijslast 'om te keren'.<sup>11</sup> Daarnaast zijn argumenten gevoerd van meer rechtspolitieke aard. Zo is gesteld dat de schuldeiser (koper) ook al de stelplicht en bewijslast draagt ten aanzien van vrijwel alle voorwaarden voor bijvoorbeeld schadevergoeding of ontbinding, waaronder die van de tekortkoming.<sup>12</sup> Ook is in dit verband naar voren gebracht dat het neerleggen van de klachtplicht bij de schuldeiser (koper) een te groot struikelblok vormt voor de schuldeiser (koper), in het bijzonder indien het een consument betreft, omdat

hebben aangevoerd dat de klachtplicht primair strekt ter bescherming van de belangen van de schuldenaar (verkoper) en dat (daarom) verdedigbaar is dat de remedies van de schuldeiser (koper) slechts voorwaardelijke aanspraken zijn, namelijk onder de voorwaarde dat hij tijdig heeft geklaagd over de prestatie, zodat de schuldeiser (koper) het vervuld zijn van deze wettelijke voorwaarde dient te bewijzen volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv, net zoals geldt bij het verzuimvereiste.<sup>14</sup> In dit verband is ook het rechtspolitieke argument gevoerd dat indien de schuldenaar (verkoper) de bewijslast zou hebben dat niet tijdig is geklaagd, deze een negatief feit zou moeten bewijzen, terwijl de schuldeiser (koper) beter in staat zou zijn het bewijs te leveren dat en wanneer hij wél (eerder) heeft geklaagd.<sup>15</sup>

#### *Still confused, but on a higher level?*

In een van de arresten van 8 februari 2013 werd de Hoge Raad nadrukkelijk uitgenodigd om terug te komen op de voornoemde verdeling van stelplicht en bewijslast.<sup>16</sup> De Hoge Raad oordeelde:<sup>17</sup>

“Onderdeel 7 komt op tegen de verwerping door het hof in rov. 4.11 van het standpunt van Kramer dat de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot de vraag of Kramer tijdig heeft geprotesteerd als bedoeld in art. 6:89 BW, op de Bank rusten. Het onderdeel betoogt in dit verband dat de Hoge Raad moet terugkomen van zijn (door het hof gevolgde) oordeel in HR 23 november 2007, LJN BB3733, NJ 2008/552 (Ploum/Smeets I) dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de vraag of tijdig is geklaagd als bedoeld in art. 6:89 en 7:23 BW op de schuldeiser respectievelijk de koper rusten (hierna verder tezamen: de schuldeiser). Daartoe bestaat evenwel geen grond. Het ging in genoemd arrest, voor zover hier van belang, om de vraag op wie de bewijslast rustte ter zake van een door de schuldeiser gesteld telefoongesprek waarin hij over de prestatie zou hebben geklaagd. De overweging van de Hoge Raad daarover moet aldus worden verstaan dat de in dat arrest bedoelde stelplicht en bewijslast pas aan de orde komen indien de schuldenaar respectievelijk de verkoper (hierna verder tezamen: de schuldenaar) het verweer voert dat niet tijdig is geklaagd als bedoeld in genoemde artikelen. Voert de schuldenaar dit verweer niet, dan kunnen art. 6:89 en 7:23 BW niet worden toegepast (vgl. HR 20 januari 2006, LJN AU4122, NJ 2006/80). Voert de schuldenaar dit verweer wel, dan dient de schuldeiser, zoals is beslist in het arrest Ploum/Smeets I, gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat en op welk moment is geklaagd. Of die klacht tijdig in de zin van de art. 6:89 en 7:23 BW is geweest, hangt verder af van de

## De Hoge Raad verheldert: de stelplicht en bewijslast dat een bepaalde klacht niet tijdig is geweest, rusten op de schuldenaar.

klachten veelal eerst mondeling worden geuit en daarvan geen of weinig bewijs voorhanden is en getuigenbewijs in de praktijk door de schuldenaar (verkoper) eenvoudig te ontcrachten is.<sup>13</sup>

Medestanders van de door de Hoge Raad eerder (ogenschijnlijk?) voorgestane bewijslastverdeling

9 Asser/Hijma 7-I\* 2013/543d., R.P.J.L. Tjittes, 'De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties', *RM Themis* 2007-1, p. 23-24; W.L. Valk, 'Klachtplicht en bewijslast', *NTBR* 2008/2, p. 94-97; S. Tamboer, 'De klachtplicht in het Nederlandse kooprecht', *TvC* 2008, p. 223-224; H.B. Krans in zijn noot onder het arrest *Ploum/Smeets*, *AA* maart 2009, p. 188-190; H.J. Sniijders in zijn noot onder *Ploum/Smeets*, *NJ* 2008, 553; J.J. Dammingh, 'De klachtplicht van de koper in het licht van recente rechtspraak', *WPNR* 2012, 6915, p. 56-57.

10 H.B. Krans in zijn noot onder het arrest *Ploum/Smeets*, *AA* maart 2009, p. 188-190.

11 R.P.J.L. Tjittes en J. Kampman, 'De klachtplicht onttroond – enige beschouwingen naar aanleiding van HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (*Van de Steeg/Rabobank*)', *Contracteren* 2013, nr. 3. Met de stelling dat ook het belang van schuldeiser (koper) dient te worden meegenomen, doelen zij op het gegeven dat bij de beoordeling van de vraag of een klacht 'binnen bekwame tijd' is geschied, ook rekening dient te worden gehouden met het feit dat 'verval van recht' voor de schuldeiser (koper) een desastreuze sanctie is die niet zonder meer gerechtvaardigd is.

12 W.L. Valk, 'Klachtplicht en bewijslast', *NTBR* 2008/2, p. 94-97 en S. Tamboer, 'De klachtplicht in het Nederlandse kooprecht', *TvC* 2008, p. 223-224.

13 M.B.M. Loos in: M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 33-34 en 78.

14 A.L.H. Ernes en J.R. Sijmonsma, 'Enkele opmerkingen over de bewijslastverdeling met betrekking tot de artikelen 6:89 en 7:23 BW', *Praktisch Procederen* 2004/2, p. 18 e.v.; W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Mon. Nieuw BW A24, nr. 43; E.J. Bellaart en D.E. Alink, 'Omkering van de bewijslast', *MvV* 2011/3, p. 69-74; M.J.A.M. Ashmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 208.

15 A.L.H. Ernes en J.R. Sijmonsma, 'Enkele opmerkingen over de bewijslastverdeling met betrekking tot de artikelen 6:89 en 7:23 BW', *Praktisch Procederen* 2004/2, p. 18 e.v.

16 Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, «JOR» 2013/107 (*Kramer/Van Lanschot*).

17 R.o. 3.6.

overige omstandigheden van het geval (vgl. het heden uitgesproken arrest van de Hoge Raad in de zaak met nr. 11/05318, LJN BY4600)."

De hiervoor staande rechtsoverweging kwam ambivalent voor. Enerzijds benadrukte de Hoge Raad geen grond te zien om terug te komen op zijn eerdere oordeel dat op de schuldeiser (koper) de stelplicht en bewijslast ligt dat 'tijdig' is geklaagd. Anderzijds leek de Hoge Raad impliciet de stelplicht en bewijslast van de schuldeiser (koper) beperkter uit te leggen door te benadrukken (a) dat het in het eerdere arrest (slechts) ging om de vraag op wie de stelplicht rustte ter zake van een door de schuldeiser (koper) gesteld telefoongesprek waarin hij over de prestatie zou hebben geklaagd en (b) in de volgende alinea slechts te spreken van 'dat en op welk moment is geklaagd'. 'Dat en op welk moment is geklaagd' leek alleen betrekking te hebben op het bewijzen van het feitelijk uiten van de klacht; het normatieve element 'tijdig' kwam hier niet terug. De Hoge Raad overwoog vervolgens wel dat de vraag of de klacht tijdig is geweest afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, maar liet in het midden op wie de stelplicht en bewijslast ligt inzake die omstandigheden. Voor zover de Hoge Raad de stelplicht en bewijslast bij de schuldeiser (koper) bleef leggen, bleef onduidelijk op basis van welke procesrechtelijke techniek hij tot dit oordeel kwam; ging het hier om een *omkering* van de bewijslast of betrof het een gewone toepassing van artikel 150 Rv?<sup>18</sup>

### 3. Het arrest van 12 december 2014 en de betekenis daarvan

De casus *FAR/Edco* was, voor zover hier relevant, als volgt. FAR had op 10 januari 2000 aan Edco een partij petten verkocht. De petten zijn op of omstreeks 21 april 2000 aan Edco geleverd en op 26 april 2000 gefactureerd. Edco heeft op 4 juli 2000 laten weten dat zij niet zal overgaan tot betaling, omdat de geleverde petten in ongunstige zin in kwaliteit afweken van het monster dat eerder aan Edco was uitgereikt. In de procedure waarin FAR betaling vorderde van de koopprijs, heeft het hof het beroep van Edco op non-conformiteit afgewezen omdat Edco inzake het gebrek niet tijdig heeft geklaagd. Het hof overwoog daartoe dat omdat voor de hand ligt en in de branche gebruikelijk is dat een afgeleverde partij welhaast terstond (steekproefsgewijs) op dergelijke afwijkingen wordt gecontroleerd, moet aangenomen worden dat Edco de gestelde gebreken bij of kort na de aflevering heeft ontdekt en zulks te meer geldt nu Edco de petten heeft laten ompakken, in welk verband zij bij fax van 21 april 2000 wel heeft geklaagd dat er blauwe en groene petten in verkeerde verpakking c.q. verhouding waren aangetroffen, maar zonder daarbij over de gestelde gebreken te spreken. Nu Edco pas bij brief van 4 juli 2000 had geklaagd over het vermelde gebrek, heeft Edco niet gehandeld met de voortvarendheid die in de gegeven omstandigheden van haar kon worden gevergd.

In het incidentele cassatieberoep klaagt Edco, voor zover hier relevant, dat het hof bij het honoreren van het beroep op de klachtplicht van FAR ten onrechte niet (kenbaar) heeft onderzocht en vastgesteld dat FAR concreet nadeel heeft ondervonden doordat de non-conformiteit pas bij brief van 4 juli 2000 is gemeld, zodat het hof een onjuiste maatstaf heeft toegepast althans haar oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd.

### *Robinson/Molenaar en Ploum/Smeets; een paradox?*

De Hoge Raad verwierpt de cassatieklacht van Edco. De Hoge Raad geeft eerst een korte bloemlezing van zijn eerdere rechtspraak aangaande de klachtplicht in het algemeen (r.o. 5.6.1) en de stelplicht en bewijslast in dit verband (r.o. 5.6.2). Aan dit theoretisch kader voegt de Hoge Raad in r.o. 5.6.3 toe:

"De stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op de art. 6:89 of 7:23 BW kunnen dragen, rusten in beginsel op de schuldenaar (verkoper), omdat het door hem gevoerde verweer dat niet tijdig is geklaagd, een bevrijdend verweer is. Het ligt dan ook op zijn weg voldoende feiten en omstandigheden te stellen, en zo nodig te bewijzen, waaruit kan volgen op welk moment de schuldeiser (koper) heeft ontdekt of bij een redelijkerwijs van hem te vergen onderzoek had behoren te ontdekken dat de verrichte prestatie (de afgeleverde zaak) niet aan de overeenkomst beantwoordt, alsmede dat het tijdsverloop vanaf dat moment tot aan het moment waarop de schuldeiser geklaagd heeft, zo lang is geweest dat in het licht van de hiervoor in 5.6.1 bedoelde maatstaven niet kan worden gesproken van een tijdige klacht als bedoeld in de art. 6:89 of 7:23 lid 1 BW. Deze bewijslastverdeling strookt met die ter zake van het bevrijdende verweer van rechtsverwerking, waar de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten en omstandigheden die tot rechtsverwerking kunnen leiden eveneens op de schuldenaar rusten. De art. 6:89 en 7:23 BW moeten immers opgevat worden als specifieke, in de wet geregelde vormen van rechtsverwerking. Ingevolge deze beide bepalingen is evenwel voor beantwoording van de vraag of het recht van de schuldeiser (koper) is vervallen, noodzakelijk dat wordt vastgesteld of, en zo ja op welk moment, door hem over het gebrek in de prestatie is geklaagd. In verband met deze bijzonderheid dient in zoverre een bijzondere regel van bewijslastverdeling als bedoeld in art. 150 Rv te gelden dat, indien de schuldenaar (verkoper) een op art. 6:89 of art. 7:23 BW gebaseerd verweer voert, het op de weg van de schuldeiser (koper) ligt om gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat en op welk tijdstip hij heeft geklaagd (zie aldus het arrest [D]/Van Lanschot en HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 ([E]/[F])). Daartoe is redengevend dat te zeer afbreuk zou worden gedaan aan de strekking van genoemde bepalingen om de schuldenaar (verkoper) te beschermen, indien op hem ook het bewijsrisico ter zake van de klacht zelf en het tijdstip daarvan zou rusten, terwijl de in dat verband relevante feiten vooral gelegen zijn in het domein van de schuldeiser (koper)."

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad in r.o. 5.7 dat het hof niet was gehouden – en het hof zelfs niet vrij stond – om ambtshalve te onderzoeken of FAR relevant nadeel heeft

<sup>18</sup> Zie hierover uitvoerig F.J.P. Lock, 'Klachtplicht en bewijslast; is het nu duidelijk?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2013, 6, p. 167-171.

gehad van het tijdsverloop totdat door Edco is geklaagd nu – hoezeer ook die omstandigheid vaak van groot belang kan zijn – Edco in het geding in feitelijke instanties het ontbreken van die omstandigheid niet had meegenomen in haar betwisting van het op artikel 7:23 lid 1 BW gebaseerde verweer van FAR. Had Edco die omstandigheid wel naar voren gebracht, dan zou FAR het bewijsrisico ter zake van de daaraan ten grondslag gelegde feiten hebben gedragen.

#### *Schuldenaar (verkoper) heeft in principe de stelplicht en bewijslast*

Uit het overwogene in r.o. 5.6.3 volgt dat een beroep op de klachtplicht als een bevrijdend verweer kwalificeert en dat dus op de *schuldenaar* (verkoper) de stelplicht en bewijslast rust dat een bepaalde klacht niet tijdig is geweest. Omstandigheden die het tijdstip van aanvang van de onderzoekstermijn inkleuren – en waarvan de stelplicht en bewijslast, zo weten wij nu, in beginsel dus bij de schuldenaar (verkoper) ligt – zijn blijkens eerdere rechtspraak van de Hoge Raad onder meer:

- de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit gebrek aan het licht treedt en de deskundigheid van de schuldeiser (koper);<sup>19</sup>
- de onderlinge verhouding tussen partijen, de aanwezige juridische kennis en de behoefte aan voorafgaand deskundig advies;<sup>20</sup>
- de aard van de gekochte zaak (de aard van de prestatie), door de schuldenaar (verkoper) gedane mededelingen/geruststellende verklaringen en de ingewikkeldheid van het onderzoek;<sup>21</sup>

Omstandigheden die de lengte van de mededelingstermijn inkleuren (dus de vraag of de klacht na het verstrijken van de onderzoekstermijn ‘binnen bekwame tijd’ is geschied) – en waarvan de stelplicht en bewijslast dus eveneens bij de schuldenaar (verkoper) ligt – zijn onder meer: de ernst van de tekortkoming en het antwoord op de vraag of de schuldenaar (verkoper) in zijn belangen is geschaad door de lengte van de in acht genomen klachttermijn.<sup>22</sup>

Slechts ten aanzien van de vraag hoe en wanneer is geklaagd, rust de stelplicht en bewijslast (nog) bij de schuldeiser (koper). Op dat punt geldt dus een bijzondere regel van bewijslastverdeling. De Hoge Raad motiveert deze bijzondere regel door erop te wijzen dat te zeer afbreuk zou worden gedaan aan de strekking van genoemde bepalingen om de

schuldenaar (verkoper) te beschermen, indien op hem ook het bewijsrisico ter zake van de klacht zelf en het tijdstip daarvan zou rusten, terwijl de in dat verband relevante feiten vooral gelegen zijn in het domein van de schuldeiser (koper).

De bewoordingen van de Hoge Raad in r.o. 5.6.3 geven de indruk alsof de stelplicht en bewijslast nooit anders is geweest. Mijns inziens is hier wel sprake van een koerswijziging en lijkt de Hoge Raad zich te hebben laten inspireren door de in de juridische literatuur naar voren gebrachte visies. De Hoge Raad lijkt daarbij enerzijds gevoelig gebleken voor het argument dat de klachtplicht dient te worden gezien als een bepaling die een uitzondering aanbrengt op de rechten van de schuldeiser (koper) nu een schuldenaar (verkoper) in principe aansprakelijk is voor zijn tekortkoming (zodat het een bevrijdend verweer betreft), doch anderzijds onwenselijk is dat de schuldenaar (verkoper) wordt belast met de bewijslast van een negatief feit terwijl dat feit primair in het domein van de schuldeiser (koper) is gelegen.

#### *Geen ambtshalve toetsing van nadeel*

Uit r.o. 5.7 blijkt dat de rechter niet ambtshalve mag onderzoeken of de schuldenaar (verkoper) nadeel heeft geleden als gevolg van het feit dat (te) laat is geklaagd. Het is dus aan de schuldeiser (koper) om de rechter erop te wijzen dat door de schuldenaar (verkoper) ter zake niets of te weinig is gesteld. Doet de schuldeiser (koper) dat, dan rust de stelplicht en bewijslast inzake dat nadeel bij de schuldenaar (verkoper).

Dit oordeel is vanuit procesrechtelijke optiek niet verrassend. De vraag of de schuldenaar (verkoper) nadeel heeft geleden als gevolg van het (te) late klagen, is procesrechtelijk slechts als een ‘gezichtspunt’ te bezien (en niet: als een harde voorwaarde) voor het slagen van het beroep op de klachtplicht. Een rechter mag niet-aangevoerde gezichtspunten niet in zijn oordeel betrekken. De rechter mag immers niet buiten het procesdebat van partijen treden. Indien de rechter de andere, wél aangevoerde gezichtspunten op zichzelf voldoende vindt om het beroep op het verzaken van de klachtplicht te honoreren met de rechtsgevolgen van dien, dan honoreert hij het beroep op de klachtplicht zonder de kwestie of nadeel is geleden in zijn oordeel te betrekken.

## 4. Suggesties voor praktijkjurist

Het hiervoor besproken arrest leidt er dus toe dat op de schuldenaar (verkoper) een verdergaande stelplicht en bewijslast rust in het kader van de klachtplicht dan eerder werd aangenomen. Ik doe hier een tweetal suggesties voor de praktijkjurist die optreedt voor de schuldenaar (verkoper). De eerste suggestie is van procesrechtelijke aard, de tweede van contractenrechtelijke aard.

*Suggestie 1: Houd het kruut niet te lang droog*

19 Hoge Raad 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008, 606 (*Pouw/Visser*), r.o. 3.3.3.

20 Hoge Raad 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615, NJ 2010, 545 (*Tan/Forward*), r.o. 3.4.

21 Hoge Raad 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, RvdW 2011, 419 (*Ploum/Smeets II*), r.o. 3.3.2.

22 Hoge Raad 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, RvdW 2011, 419 (*Ploum/Smeets II*), r.o. 3.3.2. Zo geldt bijvoorbeeld dat wanneer het gaat om de koop van (semi)bederfelijke waar (die dus in een later stadium niet meer goed kan worden onderzocht op haar kwaliteit bij levering), aannemelijker is dat de verkoper nadeel lijdt indien niet tijdig is geklaagd dan wanneer het gaat om een schending door een bank van haar zorgplicht (nu een bank in de regel een dossier bijhoudt inzake haar advisering).

Méer dan 98% van de handelsgeschillen wordt in eerste aanleg definitief beslecht.<sup>23</sup> De mogelijkheden om het standpunt van de cliënt naar voren te brengen zijn in de regel beperkt; na de eerste schriftelijke ronde volgt in de regel een comparitie van partijen en daarna in beginsel vonnis. De (jurist van de) schuldenaar (verkoper) dient zich bewust te zijn van het feit dat op hem de stelplicht rust van feiten en omstandigheden waaruit voortvloeit dat een bepaalde klacht niet tijdig is geweest. Een comparitie van partijen is meestal niet een geschikt forum voor een gemotiveerd betoog op dit punt. Partijen mogen in de regel namelijk geen pleitnotities over leggen, de spreektijd voor de raadslieden om het standpunt naar voren te brengen is meestal zeer beperkt en producties mogen in de regel niet ter plekke in het geding worden gebracht (tenzij de andere partij daar geen bezwaar tegen heeft). Bij procedures voor de sector kanton – circa 80% van de handelszaken wordt in eerste aanleg beslecht door de kantonrechter – wordt bovendien in de regel geen afschrift verstrekt van het proces-verbaal ter zitting, ook niet indien procespartijen daar gezamenlijk om verzoeken; er bestaat dus geen extra controlemogelijkheid om na te gaan of de kantonrechter (of de griffier) het standpunt ter zake volledig en juist heeft meegekregen.

Indien voldoende vaststaat dat de schuldeiser (koper) op enig moment heeft geklaagd, dan doet de jurist van de schuldenaar (verkoper) er dus goed aan om reeds in de schriftelijke ronde op gemotiveerde wijze naar voren te brengen dat niet binnen bekwame tijd is geklaagd. Het ‘droog houden’ van het kruis, kan mijns inziens dan slechts verstandig zijn voor zover het gaat om gezichtspunten die overwegend tegen het standpunt van de schuldenaar (verkoper) pleiten. Heeft de schuldenaar (verkoper) bijvoorbeeld geen werkelijk nadeel geleden als gevolg van het feit dat laat is geklaagd, dan kan het strategischer zijn ter zake helemaal niets te stellen (in de hoop dat de schuldeiser (koper) dit punt over het hoofd ziet) dan op dat punt aan te komen met een zwak argument of een stelling die waarschijnlijk niet bewezen kan worden door de schuldenaar (verkoper) en zodoende slapende honden wakker te maken. Kiest de schuldenaar (verkoper) voor de laatstgenoemde tactiek, dan neemt dit natuurlijk niet weg dat hij zich goed moet voorbereiden op de eventuele discussie over het nadeel ter comparitie. Dit geldt ook indien de schuldeiser (koper) ter zake naar verwachting blijft ‘slapen’; de rechter mag weliswaar niet ambtshalve het nadeel onderzoeken, hij mag dit punt – indien de klachtplicht als zodanig wel al onderdeel is van het procesdebat – wel ter zitting aan de orde stellen en partijen

vragen zich daarover uit te laten.

#### *Suggestie 2: Regel de klachttermijn op heldere wijze in het contract, bijvoorbeeld in algemene voorwaarden*

Een contractueel geregelde klachttermijn waarmee de wettelijke regeling uitdrukkelijk terzijde wordt gesteld, bijvoorbeeld in algemene (leverings)voorwaarden van de schuldenaar (verkoper), kan de bewijspositie van de schuldenaar aanmerkelijk verbeteren. Indien een concrete termijn (bijvoorbeeld: negentig kalenderdagen na het sluiten van de overeenkomst) wordt overeengekomen waarbinnen moet zijn geklaagd op – zo dient de bepaling uitdrukkelijk te vermelden – straffe van verval van recht, welke termijn aanvangt vanaf het moment dat de overeenkomst is gesloten, dan ontdoet de schuldenaar (verkoper) zich waarschijnlijk van zijn bewijsproblemen. Hij hoeft dan immers niet meer (uitvoerig) te verdedigen waarom, gelet op alle omstandigheden van het betrokken geval, de cumulatie van de onderzoekstermijn en de mededelingstermijn in dat geval als relatief kort dienen te worden aangemerkt, althans korter dan de termijn waarbinnen de schuldeiser (koper) daadwerkelijk heeft geklaagd. Het bewijs wanneer en hoe is geklaagd, blijft dan onverkort op de schuldeiser (koper) rusten. Waarschijnlijk ontdoet de schuldenaar (verkoper) zich dan ook van de eventuele discussie (en de bijbehorende stelplicht en bewijslast) of en in hoeverre hij

### De overweging van de Hoge Raad in het arrest *Kramer/Van Lanschot* over de stelplicht en bewijslast kwam ambivalent voor.

nadeel heeft ondervonden van het tijdsverloop alvorens de klacht is ontvangen. Is de contractuele klachttermijn echter een ‘open norm’ (bijvoorbeeld de afspraak om ‘zo spoedig mogelijk’ te klagen), dan speelt de vraag of nadeel is geleden alsnog een belangrijke rol bij de vraag of een klacht in de gegeven omstandigheden ‘tijdig’ is geweest, zo leert het arrest HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:260, «JOR» 2014/92 m.nt. Bakker (r.o. 4.3.1). Mijns inziens zou de contractuele bepaling als volgt uit kunnen zien:

“Eventuele klachten dienen, op straffe van verval van alle rechten van de klant, binnen 90 dagen na het sluiten van de overeenkomst schriftelijk te worden gemeld aan leverancier waarbij de klant de leverancier, voor zover mogelijk, tevens informeert over de aard en omvang van de tekortkoming. De artikelen 6:89 BW en 7:23 BW mis-sen toepassing.”

Ik teken volledigheidshalve nog aan dat bij een consumentenkoop een rechtsgeldige contractuele regeling van de klachtplicht die ten nadele van de consument afwijkt van het wettelijk systeem niet mogelijk is. Hetgeen in artikel 7:23 BW ten aanzien van de consumentenkoop is bepaald, is namelijk van dwingend recht.<sup>24</sup> Bij

23 Ter indicatie: Blijkens het ‘Jaarverslag Rechtspraak 2013’ van de Raad voor de rechtspraak zijn in 2013 in totaal 501.000 handelszaken aanhangig gemaakt bij de sector kanton (p. 35, waarvan 475.000 worden ingeleid door een dagvaarding), in totaal 97.500 handelszaken aanhangig gemaakt bij de sector civiel (p. 36) en in totaal 10.000 handelszaken aanhangig gemaakt bij de gerechtshoven (p. 37). Blijkens het ‘Verslag over 2013’ van de Hoge Raad zijn in 2013 in totaal 483 civiele zaken (waaronder dus ook familierechtelijke zaken) aanhangig gemaakt bij de Hoge Raad (p. 77).

24 Artikel 7:23 lid 1 jo. 7:6 lid 1 BW. Die regeling is van overeenkomstige toepassing bij ruil (artikel 7:50 BW). Wellicht staat artikel 7:23 BW op gespan-

andervoortige overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten (die dus uitsluitend onder vigeur van artikel 6:89 BW vallen en niet (tevens) artikel 7:23 lid 1 BW) is een contractuele regeling wel mogelijk, al dient de gebruiker er ook dan rekening mee te houden dat hem of haar wellicht een beroep op de artikelen 6:233 sub a, 6:236 sub g en/of 6:237 sub h BW wordt tegengeworpen.<sup>25</sup> Vanzelfsprekend dient de gebruiker van algemene voorwaarden er voorts op toe te zien dat de algemene voorwaarden op juiste wijze worden overeengekomen en dat aan de daarbij behorende informatieplicht uit hoofde van artikel 6:233 sub b jo. 6:234 of (indien toepasselijk) 6:230c BW wordt voldaan.

## 5. Afsluiting

De klachtplicht blijft de gemoederen bezig houden. Men zou deze uitspraak kunnen bezien als onderdeel van een tendens in de afgelopen tien jaren waarbij de klachtplicht als verweermiddel voor de schuldenaar (verkoper) stukje bij beetje wordt uitgekleeft. Nog steeds geldt echter het principe: wie niet klaagt, wie niet wint.

### Over de auteur

Mr. Daan Spoormans is advocaat bij Ekelmans & Meijer Advocaten te Den Haag.

---

nen voet met Richtlijn 99/44/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen. Zuiks gaat het bestek van deze bijdrage echter te buiten.

25 Zie verder in meer algemene zin over de contractuele regeling van de klachtplicht V.M. Neering en D.F. Spoormans, 'De klachtplicht praktisch belicht na de 8 februari-arresten (deel 2)', *ORP* 2013, nr. 7.