

Actualia

contractspraktijk

LEERSTUKKEN

De ondergrens van artikel 6:89 BW

(HR 23 maart 2007, NJ 2007/176 (Brocacef/Simons))

Inleiding

In een recent arrest geeft de Hoge Raad een duidelijke ondergrens aan voor toepassing van artikel 6:89 BW: het daarin voorgeschreven verval van rechten bij het niet-tijdig klagen over een gebrekkige prestatie vindt niet plaats wanneer de prestatie geheel achterwege blijft. Tegelijkertijd roept het arrest de vraag op of een prestatie die gedeeltelijk achterwege blijft, heeft te gelden als gebrekkig (zodat art. 6:89 BW van toepassing is), of als afwezig (zodat art. 6:89 BW niet geldt). Hierna worden het arrest-Brocacef/Simons en de problematiek van gedeeltelijke prestaties behandeld. Bij de bespreking van het arrest beperk ik mij tot het gedeelte dat op artikel 6:89 BW ziet.

Casus

Brocacef, een groothandel in geneesmiddelen, en Simons, zelfstandig apotheker, doen sinds 1987 zaken met elkaar. Vanaf medio 1994 onderhandelen zij over een nieuwe afnameovereenkomst die partijen hechter aan elkaar zou moeten binden. In december 1994 komen partijen mondeling tot overeenstemming over een overeenkomst die per 1 januari 1995 zou moeten ingaan. De mondeling gemaakte afspraken worden vastgelegd in een faxbrief van Brocacef aan Simons van 15 december 1994. Twaalf dagen later stuurt Simons een faxbrief terug die enkele uitbreidingen bevat, maar overigens inhoudelijk gelijk is aan de eerdere faxbrief van Brocacef. Vervolgens sluiten partijen een met de afnameovereenkomst samenhangende kredietovereenkomst, op grond waarvan Brocacef f 250.000 aan Simons leent.

Op 3 februari 1995 stuurt Brocacef Simons een 'concept' voor de afnameovereenkomst, waarbij Brocacef aangeeft niet te willen afwijken van de daarin opgenomen formuleringen, die afwijken van de tekst van de faxbrieven uit december 1994. Partijen bereiken hierover geen overeenstemming, en Simons zegt de relatie op 16 maart 1995 per direct op. Aan de afnameovereenkomst is nog geen uitvoering gegeven. Simons lost de lening van f 250.000 niet af.

Als Brocacef begin 1997 van Simons terugbetaling eist van de geleende gelden, beroept Simons zich in reactie daarop – voor het eerst – op een tekortkoming van Brocacef in de nakoming van de

aan de kredietovereenkomst verbonden afnameovereenkomst. Tegen de vordering die Brocacef in september 1997 in rechte instelt, stelt Simons een vordering in reconventie in tot (onder meer) vergoeding van de schade die hij stelt te hebben geleden door de niet-nakoming van Brocacef. In rechte komt vast te staan dat tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen, waarvan de inhoud gelijk is aan de faxbrief van 15 december 1994. Een van de verweren van Brocacef tegen Simons' vordering in reconventie luidt dat diens recht op schadevergoeding op grond van artikel 6:89 BW zou zijn vervallen, omdat Simons niet op tijd geklaagd zou hebben over het uitblijven van de prestatie van Brocacef.

Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad bevestigt in zijn arrest wat in de schaarse literatuur en lagere rechtspraak over dit onderwerp soms al werd aangenomen: de klachtplicht van artikel 6:89 BW geldt alleen bij een gebrekkige prestatie, niet bij het ontbreken van een prestatie.¹ De Hoge Raad overweegt als volgt:

'Deze bepaling strekt ertoe 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, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt (Parl. gesch. Boek 6, p. 316-317). Gelet op deze strekking, alsmede op de bewoordingen waarin de bepaling is gesteld – nu daarin wordt gesproken over "een gebrek in de prestatie" –, ziet artikel 6:89 BW slechts op gevallen van ondeugdelijke nakoming en niet (mede) op gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht.'

Nu Brocacef de afnameovereenkomst in het geheel niet had uitgevoerd, heeft de Hoge Raad het beroep van Brocacef op artikel 6:89 BW verworpen. Overigens trof een ander onderdeel van het cassatiemiddel, wel doel, zodat de zaak toch verwezen is.

Klachtplicht van artikel 6:89 en 7:23 BW – achtergrond

De gevolgen van te laat klagen over een gebrekkige prestatie zijn bijzonder verstrekkend. Zodra de vervaltermijn van artikel 6:89 en – in geval van koop – artikel 7:23 BW is verstreken, verliest de schuldeiser al zijn rechtsvorderingen en verweren ter zake van nakoming, opschorting, schadevergoeding wegens wanprestatie,

1 M.H. Wissink, Verbintenissenrecht (Kluwer), losbl., art. 6:89 BW, aant. 7; W.L. Valk, Rechtsverwerking in drievoud, Kluwer 1993, p. 95; Pres. Rb. Leeuwarden 3 maart 1999, KG 1999/109.

ontbinding, onrechtmatige daad en zelfs – zo nemen sommige auteurs aan – dwaling en bedrog.²

Het is dan ook belangrijk om zekerheid te hebben over het bestaan van een klachtplicht. Met de regel die de Hoge Raad in zijn arrest van 23 maart 2007 formuleert – geen klachtplicht wanneer in het geheel geen prestatie wordt geleverd – is een duidelijke ondergrens gegeven voor toepassing van artikel 6:89 BW en, naar wij mogen aannemen, het daarmee verwante artikel 7:23 BW. Hoewel de formulering van die twee artikelen verschilt ('gebrek in de prestatie' tegenover 'niet beantwoorden aan de overeenkomst'), ga ik er, gelet op de gelijke strekking van beide artikelen, van uit dat Brocacef/Simons ook toepassing vindt bij koop.

Gezien de parlementaire geschiedenis waaraan de Hoge Raad refereert, vindt deze ondergrens zijn rechtvaardiging in de (on)zekerheid van de schuldenaar. Wanneer die een prestatie heeft geleverd, kan hij onzeker zijn over de deugdelijkheid daarvan, maar wanneer hij in het geheel niet presteert, bestaat die onzekerheid niet.

Redenen om zulke onzekerheid te willen voorkomen, worden door Tjittes als volgt omschreven:³

- het voorkomen van bewijsproblemen;
- betere inpassing in de (productie)planning van de schuldenaar: die moet zo snel mogelijk weten of bijvoorbeeld onderdelen van een bepaald, wellicht snel uit productie gaand type, moeten worden bijgeproduceerd;
- het veiligstellen van eventueel verhaal van de schuldenaar op derden;
- het voorkomen dat de wederpartij een gebrek in de prestatie op een laat moment aanwendt als excuus om niet te hoeven betalen, wanneer de wederpartij zelf in financiële moeilijkheden verkeert.

De tekst van artikel 6:89 en 7:23 BW maakt geen onderscheid naar de noodzaak voor het voorkomen van onzekerheid, die immers niet voor elk type overeenkomst gelijk zal zijn. Ontdekt de schuldeiser een gebrek in de prestatie, dan moet hij in beginsel tijdig klagen. Dit kan tot onbillijke uitkomsten leiden, vooral in gevallen waar de schuldenaar weinig reden zal hebben om onzeker te zijn over de deugdelijkheid van zijn prestatie, en een late klacht geen bewijsproblemen en dergelijke op zou leveren. Daar staat tegenover dat de rechtszekerheid die artikel 6:89 en 7:23 BW beogen, er niet bij is gebaat als in elk individueel geval de noodzaak van een klachtplicht moet worden afgewogen.

Klachtplicht bij gedeeltelijke nakoming

Het is de vraag of de ondergrens voor toepasselijkheid van artikel 6:89 en 7:23 BW in sommige gevallen al eerder bereikt kan zijn dan wanneer, zoals in Brocacef/Simons, de prestatie *geheel* uitblijft. Soms bestaat een tekortkoming in de nakoming uit het achterwege blijven van een *deel* van een prestatie. Bestaat in die gevallen wel of geen klachtplicht ten aanzien van het niet-gepresteerde? Tollenaar heeft betoogd dat bij gedeeltelijke niet-nakoming geen klachtplicht geldt.⁴ Diens opvatting lijkt geba-

seerd op een vonnis van de president van de Rechtbank Leeuwarden van 3 maart 1999, dat zag op de gedeeltelijke voldoening van een geldschuld:

'Het aanvaarden van betalingen die mondjesmaat komen en het in de tussentijd niet nemen van rechtsmaatregelen [...] impliceert geen rechtsverwerking. Het door Hasz in dit verband aangehaalde artikel 6:89 BW [...] ziet niet op gevallen als het onderhavige, waarin de verplichtingen al bij vonnis waren vastgesteld, door betekening van het vonnis te kennen was gegeven dat nakoming werd verlangd en waarin slechts ter voorkoming van vruchteloze liquidatie van de verdien capaciteit van de wederpartij nadere betalingsregelingen zijn getroffen en noodgedwongen vooralsnog genoeg is genomen met deelbetalingen. Artikel 6:89 BW ziet op gebreken in een geleverde prestatie, niet op het achterwege blijven van (een deel van) de overeengekomen prestatie.'

Hoewel de beslissing van de president in het door hem beschreven geval voor de hand ligt, geeft de algemene conclusie van de laatste zin een verkeerde voorstelling van zaken. De zin veronderstelt dat er een tegenstelling bestaat tussen enerzijds een gebrek in een geleverde prestatie en anderzijds het geheel of gedeeltelijk achterwege blijven van een prestatie. Wanneer een deel van de overeenkomst niet wordt nagekomen, zal echter vaak een gebrekkige prestatie zijn geleverd. Niet altijd is evident hoe zo'n 'gedeeltelijke tekortkoming' moet worden gekwalificeerd. Het gaat om uiteenlopende gevallen als:

- de graanhandelaar die een kleinere hoeveelheid graan levert dan overeengekomen;
- de jurist die de verjaring stuit van vorderingen op vier hoofdelijk schuldenaren waar het er vijf hadden moeten zijn;
- de bedrijfspsycholoog die wel assessments verricht maar niet de daarnaast overeengekomen begeleiding van bestaande werknemers;
- de architect die wel het huis ontwerpt maar niet het bijbehorende tuinhuisje;
- de koeriersdienst die slechts zes van de overeengekomen acht pakketten bezorgt.⁵

Bij al dit soort gevallen moet worden beoordeeld of artikel 6:89 BW van toepassing is of niet. Uitgaand van de hiervoor geciteerde rechtsoverweging in het arrest-Brocacef/Simons moet daarbij worden gekeken naar de mate waarin de schuldenaar onzeker kan zijn over de deugdelijkheid van zijn nakoming ('Gelet op deze strekking') en naar de kwalificatie van de tekortkoming als gebrek in de prestatie ('alsmede op de bewoordingen waarin de bepaling is gesteld'). Dit zijn doorgaans twee kanten van dezelfde medaille: naarmate een tekortkoming meer als een gebrek in een geleverde prestatie kan worden gekwalificeerd, zal de schuldenaar gemakkelijker onzeker kunnen zijn.

De kwalificatie van de tekortkoming zal afhangen van de uitleg van de overeenkomst aan de hand van de Haviltex-criteria. Het is bijvoorbeeld van belang of schuldeiser en schuldenaar één hoofdprestatie waren overeengekomen die meerdere samenhangende deelprestaties omvat, of dat in feite meerdere hoofdprestaties zijn

2 Diverse aspecten en implicaties van artikel 6:89 en 7:23 BW zijn recentelijk helder uiteengezet door Tjittes in: R.P.J.L. Tjittes, 'De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties', RMTthemis 2007-1, p. 15-25. Daarin komt ook de literatuur over de gevolgen van te laat klagen aan bod.

3 Tjittes, a.w., p. 16.

4 N.W.A. Tollenaar, 'Beschouwingen over art. 6:89 en 7:23 BW in het bijzonder bij aandelenkoop', NTBR 2005-9, p. 436.

5 Ik noem bewust geen voorbeelden die vallen onder aanneming van werk, omdat daarvoor de lex specialis van artikel 7:758 BW geldt, die het probleem van de klachtplicht bij gedeeltelijke prestaties ondervangt.

overeengekomen. Naarmate de wel en niet uitgevoerde delen van een prestatie meer samenhangen, is meer aanleiding om een gebrek in de prestatie aan te nemen. Wanneer er niet of nauwelijks samenhang bestaat, zal de schuldenaar na zijn gedeeltelijke prestatie veel minder onzeker kunnen zijn over de deugdelijkheid van de nakoming.

Mijns inziens moet niet te snel worden geconcludeerd dat geen of weinig samenhang bestaat. Wanneer een schuldenaar ter uitvoering van de overeenkomst zekere werkzaamheden heeft verricht, en vervolgens geen klacht ontvangt van de schuldeiser, kan hij heel wel in de veronderstelling leven dat hij de overeengekomen prestatie volledig en naar tevredenheid heeft uitgevoerd, ook al is de schuldeiser van mening dat meer had moeten worden gedaan. Nu de wetgever met artikel 6:89 BW juist de rechtszekerheid heeft willen bevorderen, moet de discussie over de juistheid van de veronderstellingen van de schuldenaar niet iedere keer gevoerd hoeven worden. Om dezelfde reden moet niet in elke situatie getoetst worden of er wel een noodzaak is om de schuldenaar die zekerheid te verschaffen. Opvallend is dat de Hoge Raad in *Brocacef/Simons* die noodzaak aanneemt, zonder te refereren aan de onderliggende redenen daarvoor, zoals het voorkomen van bewijsproblemen. Mijn inziens kan de afwezigheid van die noodzaak wel een corrigerende factor zijn.

Titel 1 van boek 7 BW (koop) bevat een regeling voor een specifiek geval waarin het wel en niet geleverde deel van de prestatie zeer sterk samenhangen: wanneer het afgeleverde in getal, maat of gewicht afwijkt van het overeengekomene, voldoet de afgeleverde zaak niet aan de conformiteitseis (art. 7:17 lid 3 BW). Artikel 7:23 BW haakt aan bij de formulering van de conformiteitseis ('beantwoorden aan de overeenkomst'). Artikel 7:17 lid 3 BW ziet alleen op prestaties die gedeeltelijk zijn in die zin dat het getal, de maat of het gewicht afwijkt, en niet op prestaties waarbij op andere wijze een gedeelte achterwege is gelaten, zoals wanneer niet alle beloofde typen goederen zijn geleverd. Ook bij dergelijke gedeeltelijke prestaties kan een klachtplicht echter wenselijk zijn. Bij de verkoop van een bepaalde hoeveelheid van gelijke goederen en verkoop van een aantal verschillende typen goederen zal vaak eenzelfde soort onzekerheid kunnen bestaan over de deugdelijke nakoming. Zegt de graanhandelaar 5000 kilo graan toe, en levert hij maar 4997 kilo, dan rust op de koper evident een klachtplicht. Dat lijkt mij niet anders wanneer een bloemkweker van 200 verschillende soorten bloemen elk twee exemplaren toezegt, en uiteindelijk slechts van 198 typen een paar levert. Naarmate de te leveren zaken meer verschillen, bestaat mijns inziens minder reden om een klachtplicht aan te nemen, en meer reden om aan te nemen dat een gedeelte van de overeenkomst in het geheel niet is nagekomen. Hoe sterker de te leveren prestaties verschillen, hoe minder de schuldenaar erop zal kunnen vertrouwen dat hij al zijn verplichtingen is nagekomen, wanneer een deel van de prestaties achterwege blijft. Beloof ik als verkoper om honderd kilo graan, honderd kilo gerst en tien koeien te leveren, dan zal ik toch niet gemakkelijk kunnen veronderstellen aan mijn verplichtingen te hebben voldaan wanneer ik de levering van de koeien achterwege laat. Overigens mogen wij veronderstellen dat niet elke afwijking in getal bij soortzaken tot een klachtplicht leidt. Denk bijvoorbeeld aan de graanhandelaar die in plaats van 5000 kilo slechts vijf kilo levert. Een zo grote afwijking van het overeengekomene kan onder omstandigheden op één lijn gesteld worden met het uitblijven van de gehele prestatie, zodat – zo volgt uit *Brocacef/Simons* – geen klachtplicht bestaat. Waar de grens ligt, is niet altijd eenvoudig aan te geven. Om die reden kan het ver-

standig zijn, in lijn met de opmerking van Christiaans in een noot bij het arrest *Brocacef/Simons*,⁶ om in algemene voorwaarden nauwkeurig aan te geven in welke gevallen en binnen welke termijn geklaagd moet worden.

Bij de andere hiervoor genoemde voorbeelden zou ik de grens tussen 'gebrekkige prestatie' en 'afwezige prestatie' als volgt willen trekken:

- de jurist die een vordering jegens één partij vergeet te stuiten, zal eerder een gebrekkige dan een incomplete prestatie leveren;
- de psycholoog die assessments van sollicitanten verzorgt maar coaching van bestaande medewerkers achterwege laat, kan zich naar mijn mening niet op de bescherming van artikel 6:89 BW beroepen: hier lijkt daadwerkelijk sprake van twee verschillende hoofdprestaties;
- voor de architect die het tuinhuisje vergeet, zal uitleg van de overeenkomst duidelijk moeten maken in hoeverre huis en tuinhuis samenhangen (is bijvoorbeeld aan beide apart een prijs toegekend, of geldt één prijs voor het geheel?). Wanneer er voldoende samenhang is, is artikel 6:89 BW mijns inziens van toepassing, ook al is de noodzaak voor het voorkomen van onzekerheid (bewijsproblemen enz.) hier vrijwel afwezig;
- voor de koerier zal de inhoud van de zending een rol spelen: moet aan acht partijen op dezelfde dag eenzelfde pakket worden bezorgd en is het belangrijk dat alle partijen dat op dezelfde dag ontvangen, dan zal het achterwege laten van twee zendingen al gauw een gebrekkige prestatie opleveren. Gaat het echter om een zending van acht verschillende pakketten aan willekeurige geadresseerden, dan zal eerder sprake zijn van het ontbreken van twee losse hoofdprestaties. Bezorging van pakketten is echter wel typisch een activiteit waarbij de schuldenaar zich niet snel bewust zal zijn van het achterwege blijven van een deel van de prestatie: de directeur van de koeriersdienst kan niet altijd weten hoe slordig zijn koeriers zijn. Is de enkele onzekerheid van de schuldenaar hier een reden om een klachtplicht aan te nemen? Gelet op de algemene bewoordingen waarin de Hoge Raad toepassing van artikel 6:89 BW uitsluit wanneer in het geheel geen prestatie is verricht, meen ik van niet. Er is hier immers geen wezenlijk verschil met de situatie dat de gehele overeenkomst slechts het bezorgen van één pakket behelst. Tegen een vordering van de opdrachtgever staan het koeriersbedrijf alleen de reguliere verweermiddelen ten dienste. Wel kan de rechter, mochten zich bijvoorbeeld bewijsproblemen voordoen, het feit dat de opdrachtgever niet snel heeft geklaagd, aangrijpen om voorshands aannemelijk te achten dat het pakket wel bezorgd is, of om de bewijslast om te draaien.

Wanneer de hier verdedigde analyse wordt toegepast, moet de gedeeltelijke betaling van een geldschuld worden gezien als een gebrekkige prestatie, niet als het achterwege blijven van een prestatie, en bestaat dus in beginsel een klachtplicht. Schuldeisers zullen alert moeten blijven: wanneer niet tijdig geklaagd wordt over een te geringe betaling, kunnen zij geen aanspraak maken op het restant. Dit kan tot onbillijke uitkomsten leiden, bijvoorbeeld in het door de president van de Rechtbank Leeuwarden beoor-

6 C.R. Christiaans, 'Verlies van rechten door niet tijdig protesteren: art. 6:89 BW is niet van toepassing indien geheel niet is geprotesteerd', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007-4, p. 78-80.

deelde geval. Bij de schuldenaar in die zaak kon geen enkele onzekerheid bestaan over de ondeugdelijkheid van zijn prestatie: de inhoud van de verbintenis stond duidelijk vast (het ging om het voldoen aan een vonnis) en de schuldenaar kon precies nagaan in hoeverre hij deugdelijk had gepresteerd (de prestatie betrof (girale) betaling van een geldsom). Mogelijk kan men artikel 6:89 BW in dit soort gevallen buiten toepassing laten op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar daarmee wordt de rechtsonzekerheid die artikel 6:89 BW moet voorkomen via een achterdeur weer binnengehaald.

Conclusie

De vraag of een klachtplicht bestaat bij een gedeeltelijke prestatie moet beantwoord worden aan de hand van de uitleg van de overeenkomst. Als vuistregel geldt dat er eerder een klachtplicht zal bestaan wanneer de verschillende verplichtingen in de overeenkomst nauwer met elkaar samenhangen. Omdat grensgevallen zoals in dit artikel beschreven precies de rechtsonzekerheid kunnen meebrengen die de wetgever met de invoering van artikel 6:89 en 7:23 BW heeft willen voorkomen, moet die samenhang vrij snel worden aangenomen. Dientengevolge mogen aan het hier besproken arrest niet al te vérgaande conclusies worden verbonden: de ondergrens voor toepassing van artikel 6:89 BW ligt waarschijnlijk niet veel hoger dan in de zaak Brocacef/Simons.

Mr. drs. B.M. Katan, advocaat bij Stibbe te Amsterdam