

Klachtplicht. Bewijslast. Hoe klachttermijn te bepalen? Klachtplicht in relatie tot AVA 1992

HR 29-09-2017, ECLI:NL:HR:2017:2519, m.nt. E. Lichtenveldt en R. Smith

Essentie

Klachtplicht. Bewijslast. Hoe klachttermijn te bepalen? Klachtplicht in relatie tot AVA 1992

Samenvatting

Een conclusie bij een art. 81 RO-arrest en een vonnis van de Rechtbank Limburg is aanleiding om klachtplicht onder de aandacht te brengen. In de kwestie die heeft geleid tot het artikel 81 RO-arrest is de bewijslast waar het gaat om de klachtplicht onderwerp van geschil geweest. In de conclusie is aansluiting gezocht bij de in het arrest van 12 december 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3593) geformuleerde regel van bewijslastverdeling dat en op welk tijdstip de opdrachtgever heeft geklaagd. In het vonnis van de Rechtbank Limburg betrof het een opdrachtgever die heeft geklaagd, geruime tijd nadat de aannemer de werkzaamheden heeft afgerond. De rechtbank heeft geoordeeld dat de opdrachtgever te laat heeft geklaagd over gebreken in het werk. In de noot is bezien wat de ratio van de klachttermijn is, hoe de klachttermijn te bepalen, en hoe dat zich verhoudt tot de regels van aansprakelijkheid na oplevering in de standaardvoorwaarden als UAV en AVA.

Partij(en)

Arrest

in de zaak van:

[verzoeker],

wonende te [woonplaats],

Verzoeker tot cassatie,

verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

tegen

1. SKYWARD MANAGEMENT N.V.,

gevestigd te Sint Maarten

2. [verweerder 2],

wonende te [woonplaats],

Verweerders in cassatie,

verzoekers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [verzoeker] en Skyward c.s.

Uitspraak

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 171/01 van het gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten, van 26 maart 2002, 23 september 2003, 6 april 2004, 14 maart 2006, 6 april 2010 en 9 augustus 2011;
- b. het vonnis in de zaak AR 171/01-H.240/07 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 31 oktober 2008;
- c. de vonnissen in de zaak AR 171/01-ghis 52679-H 79/13 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 31 januari 2014, 28 maart 2014, 3 oktober 2014 en 29 januari 2016.

De vonnissen van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de vonnissen van het hof van 28 maart 2014, 3 oktober 2014 en 29 januari 2016 heeft [verzoeker] beroep in cassatie ingesteld. Skyward c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het cassatierekest en het

verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer tot verwerping geconcludeerd.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Skyward c.s. mede door mr. P.J. Tanja.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Wuisman strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep en het buiten beschouwing laten van het incidenteel cassatieberoep.

De advocaat van [verzoeker] heeft bij brief van 28 juli 2017 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Nu het middel in het principale beroep faalt, komt het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep niet aan de orde.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt [verzoeker] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Skyward c.s. begroot op €°6.590,34 aan verschotten en €°2.200,-- voor salaris.

Noot

Auteur: E. Lichtenveldt en R. Smith¹

Noot

1.

Een conclusie bij een 81 RO-arrest en een vonnis van de Rechtbank Limburg (opgenomen in deze aflevering onder *BR* 2017/104) zijn aanleiding om de klachtplicht onder de loep te nemen. De klachtplicht in de bouw concentreert zich vooral rond het moment van oplevering. Artikel 7:758 BW bepaalt immers dat de aannemer de opdrachtgever in kennis stelt dat het werk is afgerond. Het is dan aan de opdrachtgever om het werk te keuren en binnen een redelijke termijn te berichten of het werk gereed is. Laat de opdrachtgever dat na, dan wordt het werk geacht stilzwijgend te zijn aanvaard en daarmee is het werk opgeleverd. Maar ook tijdens de bouw is de opdrachtgever gehouden om de aannemer te wijzen op gebreken in de prestatie. Alle aanleiding om te bezien wanneer een opdrachtgever dient te klagen. Daarnaast zal bezien worden bij wie de stelplicht en bewijslast liggen aangaande de klachtplicht.

De ratio van de klachtplicht volgt uit de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat de schuldenaar erop mag rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat, indien dit niet het geval blijkt te zijn, de schuldeiser dit, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt (Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 316-317, waarnaar door de Hoge Raad wordt verwezen in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531).

Volgens de Hoge Raad is de klachtplicht van toepassing op alle verbintenissen, dus ook op overeenkomsten van aanneming (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600). Dat is niet slechts het geval bij oplevering, maar onder omstandigheden ook tijdens de bouw.

2.

Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van artikel 6:89 BW dient acht te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie, de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Een vaste termijn waarbinnen geklaagd dient te worden kan niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt. Hierbij is mede van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser klaagt. In dit verband dient rekening te worden gehouden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren – te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldeiser is geschaad door het late tijdstip waarop het protest is gedaan, zoals een benadeling in de bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs dient te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend (HR 8 februari 2013,

3.

In het arrest *Ploum-Smeets II* uit 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BP8991) heeft de Hoge Raad meer concrete handvatten gegeven aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of tijdig is geklaagd. Deze laten zich als volgt samenvatten:

- i) De vraag of de koper binnen bekwame tijd heeft gereclameerd over gebreken aan de afgeleverde zaak, kan niet in algemene zin worden beantwoord.
- ii) Waar het geen consumentenkoop betreft, 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 zulks niet het geval is, hiervan kennis te geven aan de verkoper.
- iii) De lengte van de onder ii) bedoelde termijn is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.
- iv) Het onder (a) bedoelde onderzoek dient, gelet op de door art. 7:23 lid 1 BW 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 dit verband kunnen onder meer van belang zijn de aard en de waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt en de deskundigheid van de koper.
- v) Onder omstandigheden kan een onderzoek door een deskundige nodig zijn. In beginsel mag de koper de uitslag van het onderzoek afwachten zonder de verkoper van het onderzoek op de hoogte te brengen.
- vi) Wanneer echter mag worden verwacht dat met het onderzoek lange tijd is gemoeid, of zulks tijdens de loop daarvan blijkt, volgt uit de strekking van art. 7:23 lid 1 BW dat de koper aan zijn wederpartij onverwijld kennis dient te geven van dat onderzoek en de verwachte duur ervan.
- vii) De vraag of de onder ii) (b) bedoelde kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied, dient 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.

Weliswaar ziet dit arrest op de koopovereenkomst en niet op de overeenkomst van aanneming van werk, maar daarmee is dit arrest ook voor de bouw toepasbaar, zie het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY4600), waaruit volgt dat de strekking van art. 6:89 en art. 7:23 BW niet van elkaar verschillen. Genoemde eisen gelden dan ook mede voor de bouw, behoudens als daar contractueel van is afgeweken (zoals de AVA en UAV een afwijkende regeling kennen voor de klachtplicht na oplevering). Art. 6:89 BW is immers van regelend recht.

In 2014 heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar eerdere arresten, nog richtlijnen gegeven over de bewijslast bij toepassing van artikel 6:89 BW (HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:2593). De rechter mag artikel 6:89 BW niet ambtshalve toepassen. De schuldenaar (de aannemer) dient te stellen dat niet tijdig is geklaagd. De bewijslast ligt op grond van art. 150 Rv normaal gesproken bij de aannemer, omdat het gaat om een bevrijdend verweer. Het ligt dan ook op zijn weg om feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen waaruit kan volgen op welk moment de schuldeiser (de opdrachtgever) heeft ontdekt of had behoren te ontdekken dat de prestatie niet aan de overeenkomst voldoet en dat het tijdsverloop vanaf dat moment tot het moment waarop geklaagd werd zodanig is geweest dat niet tijdig is geklaagd. Omdat het weliswaar om een bevrijdend verweer gaat, maar de aannemer geen bewijs kan leveren van een negatief feit ("er is niet tijdig geklaagd"), is het volgens de Hoge Raad aan de opdrachtgever om te stellen en te bewijzen dat en op welk moment is geklaagd. Als de opdrachtgever wil dat rekening wordt gehouden met het ontbreken van nadeel aan de zijde van de aannemer, dan zal de opdrachtgever dat naar voren moeten brengen. De aannemer zal vervolgens weer moeten stellen en bewijzen dat hij wel degelijk nadeel heeft ondervonden door het tijdsverloop.

4.

De klachtplicht houdt niet alleen de Hoge Raad bezig. Er is afgelopen jaren opvallend veel geprocedeerd over de invulling van de klachtplicht. Over bewijslast ging het in het arrest van 29 september 2017. Het ging om werkzaamheden die waren verricht aan enkele opstallen van de opdrachtgever. De aannemer stuurde drie facturen, twee gedateerd op 9 juli 1998 en de derde op 1 februari 1999. De opdrachtgever liet van het totaalbedrag van \$ 355.314 een bedrag van \$ 193.444 onbetaald.

In appèl had het Gemeenschappelijk Hof van Justitie (GHvJ, het betrof een Caribische zaak) overwogen dat de opdrachtgever in mei 2001, en daarmee tijdig, had geklaagd. Dat oordeel baseerde het GHvJ op een niet bestreden uitgangspunt van het Gerecht in Eerste Aanleg (GEA), dat er niet eerder en niet later dan in mei 2001 was geklaagd. In eerste aanleg had de opdrachtgever niet voldaan aan een door het GEA verstrekte bewijsopdracht om inlichtingen te verstrekken over de data en de wijze waarop de aannemer ervan op de hoogte was gebracht dat werkzaamheden niet

deugdelijk waren uitgevoerd, terwijl in appèl alleen meer concrete uitlatingen waren gedaan over het tijdstip waarop bezwaren waren geuit.

De aannemer voerde terecht een klacht aan tegen het oordeel van het GHvJ dat in mei 2001 was geklaagd, nu hij de tijdigheid van de klacht had betwist. Het was dan vervolgens aan de opdrachtgever om te stellen en zonodig te bewijzen dat en op welk moment was geklaagd. Nu de opdrachtgever dat had nagelaten, kon het GHvJ niet tot het oordeel komen dat de opdrachtgever tijdig had geklaagd.

5.

Een kwestie van een hele andere orde was het vonnis van de Rechtbank Limburg. Daar was de vraag of er tijdig was geklaagd, zonder dat werd toegekomen aan bewijsperikelen.

Het vonnis van de Rechtbank Limburg ziet op de door de opdrachtgever in acht te nemen klachtplicht. De aard van de werkzaamheden (verbouwing of nieuwbouw) blijkt niet uit het vonnis. Wel is duidelijk dat de aannemer een overeenkomst van aanneming van werk heeft gesloten, waarop van toepassing de AVA 1992, met een particuliere opdrachtgever. De aannemer gaat in de tussentijd nog failliet, blijkt uit de geciteerde correspondentie met de curator. Op 22 april 2011 vindt er een opname van het werk plaats, met daarop, volgens de aannemer, vier opleverpunten en, volgens de opdrachtgever, vijftien opleverpunten. Op 29 januari 2014 heeft de opdrachtgever de aannemer bericht dat er meer punten zijn en op 5 april 2015 is nog een lijst met restpunten toegestuurd. De aannemer (na doorstart) is nog langs geweest om enkele punten op te lossen in 2015, en vordert vervolgens betaling van de nog openstaande aanneemsom.

De opdrachtgever stelt dat het werk in 2015 nog niet is opgeleverd aangezien diverse punten niet zijn opgelost. De eindtermijn zou daarom niet verschuldigd zijn en de opdrachtgever maakt aanspraak op korting vanwege de veel te late oplevering.

De rechtbank (sector kanton) stelt vast dat er naar aanleiding van enkele genoemde opleverpunten werkzaamheden zijn verricht in april 2011 maar dat de opdrachtgever vervolgens niet binnen een redelijke termijn heeft geklaagd. Het werk wordt daarmee geacht stilzwijgend te zijn aanvaard zodat het werk in april 2011 geacht wordt te zijn opgeleverd.

Wordt het arrest *Ploum Smeets II* bij de beantwoording betrokken, dan moet worden vastgesteld dat de opdrachtgever na de opname in 2011 gehouden was om tijdig te klagen, dat het hem vrijstaat om de bouw te laten onderzoeken maar dat hij dat wel zal moeten melden, en dat de aannemer is geschaad in haar belangen door de te late klacht in 2014. De opdrachtgever kan de schade in de tussentijd immers zelf hebben veroorzaakt.

De rechtbank had het zichzelf overigens nog makkelijker kunnen maken. Zij heeft geoordeeld dat het werk geacht moet worden stilzwijgend te zijn aanvaard. Artikel 8 lid 2 AVA 1992 bepaalt dat dat het geval is als het werk niet binnen acht dagen na opname uitdrukkelijk is afgekeurd. De rechtbank had het moment van oplevering dan ook concreet kunnen maken. Verder bepaalt artikel 8 lid 5 AVA 1992 (net als artikel 9 lid 4 AVA 2013; de UAV kent een dergelijke bepaling niet) dat ingebruikneming geacht wordt te gelden als oplevering.

Opvallend is nog dat veroordeling van de opdrachtgever tot betaling van een factuur uit 2014 is toegewezen. De rechtbank heeft nog geoordeeld dat enkel tijdsverloop niet geldt als rechtsverwerking, zodat de aannemer drie jaar na oplevering nog een factuur heeft mogen indienen. Artikel 15 AVA 1992 bepaalt echter dat de aannemer binnen een redelijke termijn na oplevering de eindafrekening opmaakt. Onder verwijzing naar dit artikel, was er aanleiding om veroordeling tot betaling van een dermate late factuur af te wijzen.

Voetnoten

[1]

Mr. E.J. Lichtenveldt is advocaat bij THL Advocaten, mr. R. Smith is advocaat bij Fundament Advocatuur, beiden gevestigd in Rotterdam.