

## Tijdig handelen bij non-conformiteit

Artikel 7:23 BW regelt de plicht van de koper om tijdig te klagen over gebreken in geleverde zaken. In de vorige aflevering wezen wij erop dat volgens recente rechtspraak de rechter dit artikel niet ambtshalve mag toepassen (HR 20 januari 2006, C04/313HR, Contracteren 2006, p. 16). Verkopers zullen het verzuim om tijdig te klagen en het daaraan verbonden rechtsverlies van de koper dus aan de orde moeten stellen, wil een rechter daarop acht kunnen slaan. Onlangs oordeelde de Hoge Raad over een ander aspect van deze regeling.

In HR 21 april 2006, LJN AW2582 (Inno Holding Baarn/Gemeente Sluis) gaat het om de reikwijdte van het rechtsverlies wanneer een koper heeft verzuimd tijdig te klagen.

De feiten lagen als volgt. De gemeente Sluis heeft in 1994 aan de rechtsvoorgangster van Inno een perceel grond verkocht en geleverd, waarop een bungalowpark gerealiseerd zou worden. De gemeente heeft in de transportakte verklaard dat het om schone grond ging. Tijdens de bouw bleek toch van verontreiniging. Nadat daarover door de koper was geklaagd, is de grond op kosten van de gemeente gesaneerd. In 1998 ging de koper failliet. De curator heeft de rechten die de failliete koper jegens de gemeente had, gecedeerd aan Inno. Inno spreekt de gemeente aan tot vergoeding van schade wegens de bodemverontreiniging. Zij baseert haar vordering mede op onrechtmatige daad. In cassatie ligt de vraag voor, of deze vordering wordt getroffen door de korte verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW. De Hoge Raad oordeelt bevestigend:

*‘Artikel 7:23 lid 2 BW bepaalt dat rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren door verloop van twee jaren na de overeenkomstig het eerste lid gedane kennisgeving. Naar ook blijkt uit de in de conclusie van de advocaat-generaal samengevatte geschiedenis van haar totstandkoming, strekt deze bepaling, mede ter bescherming van de belangen van de verkoper, ertoe te gelden voor iedere rechtsvordering van de koper die – en ieder verweer van de koper dat – feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag (tevens) een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd.*

*De stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat van de zijde van Inno is gesteld dat de onrechtmatige daad van de Gemeente is gelegen in de levering aan Village Scaldia van verontreinigde grond die, onder het opleggen van een bouwplicht, door de Gemeente aan Village Scaldia is verkocht als schone grond die geschikt is voor de beoogde bebouwing. Aldus houdt de feitelijke grondslag van de vordering uit onrechtmatige daad van de koper in dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt en wordt deze rechtsvordering gelet op het in de vorige alinea overwogene beheerst door de verjaringsregel van artikel 7:23 lid 2 BW.’*

### Commentaar

1. Artikel 7:23 lid 1 Bw verplicht de koper om tijdig over een gebrek te klagen. Artikel 7:23 lid 2 koppelt daaraan een korte verjaringstermijn van twee jaren. De koper die verzuimt over het gebrek te klagen binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of had behoren te ontdekken (lid 1) dan wel treuzelt met het instellen van de vordering (lid 2) verliest al zijn rechten. Dit betreft zowel de rechten uit overeenkomst (nakoming, schadevergoeding, ontbinding, vernietiging of aanpassing wegens dwaling) als de rechten uit onrechtmatige daad, voor zover deze laatste vordering feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst. Voor het huidige recht lijkt de Hoge Raad dus anders uit te komen dan voor het oude recht, toen de koper met behulp van een onrechtmatige daadsactie soms de knellende verborgen-gebrekenregeling kon omzeilen (HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290 m.nt. CJHB, Groningen/Zuidema). In de parlementaire geschiedenis is duidelijk gemaakt dat de dwalinggrond ook door artikel 7:23 BW wordt besproken. In de literatuur is betoogd dat hetzelfde zou gelden voor de vordering gebaseerd op onrechtmatige daad, maar Asser-Hijma 5-I, nr. 549, betoogde het tegendeel. Deze knoop is nu dus doorgehakt.

Artikel 7:23 lid 2, slotzin, biedt een beperkte uitzondering. Indien de koper tijdig heeft gereclameerd (lid 1), maar niet zelf een vordering binnen de termijn van lid 2 heeft ingesteld, kan hij ook na het verstrijken van de termijn van lid 2 als verweer tegen een vordering tot betaling van de koopprijs nog aanspraak maken op prijsvermindering of schadevergoeding. Immers als de verkoper lang wacht met het vorderen van betaling, mag de koper ook lang wachten met zijn verweer daartegen.

2. De gevolgen van het laten verlopen van de termijnen van artikel 7:23 BW zijn dus in de regel verstrekking. Dit wordt beargumenteerd met een beroep op de ratio van de regeling. Deze regeling beoogt niet alleen bescherming van de belangen van de koper, maar ook die van de verkoper. In het bijzonder is zij bedoeld de

verkoper te beschermen tegen late en daardoor moeilijk betwistbare klachten. De positie van de verkoper kan door een te late klacht ook op andere wijze bemoeilijkt worden, bijvoorbeeld doordat de termijn voor verhaal op diens voorganger in de distributieketen is verlopen. Deze bescherming van de verkoper zou eenvoudig kunnen worden doorbroken indien de koper op grond van een buitencontractuele actie schadevergoeding zou kunnen vorderen. Om dit te voorkomen oordeelt de Hoge Raad dat artikel 7:23 BW een grote reikwijdte heeft: overschrijding van de daarin genoemde termijnen vangt elke actie af die 'feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst'.

3. Maar is hiermee alles gezegd? Er zijn wellicht bijzondere gevallen aan te wijzen, waarin de regels van artikel 7:23 BW niet (onverkort) opgaan. In zijn conclusie laat A-G Spier in het midden wat geldt indien sprake zou zijn van opzet ('bewuste misleiding') aan de kant van de verkoper. Het arrest van de Hoge Raad gaat daar niet op in. Verder is twijfelachtig, of de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW kan worden toegepast bij consumentenkoop van een gebrekkig product indien de verkoper tevens kan worden aangemerkt als producent (bijvoorbeeld bij huismerken). In dat geval kan betoogd worden dat de verjaringstermijn van drie jaar voor productenaansprakelijkheid (artikel 6:191 BW) moet worden toegepast, wanneer de verkoper in zijn hoedanigheid van producent wordt aangesproken op grond van artikel 6:185 BW jo. 7:24 lid 2 BW (vgl. M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, 2001, p. 282).

Voorts zij bedacht dat een derde, die niet in een contractuele relatie met de verkoper staat, zich nog wel tot de verkoper kan richten omdat voor hem niet de regeling van artikel 7:23 BW geldt, maar de algemene verjaringsregeling van Boek 3 BW. Hoewel Inno haar vordering mede op onrechtmatige daad grondde, stond zij door de cessie in de positie van de koper. De zaak betrof dus niet de verhouding tussen de verkoper en een derde.

4. Indien artikel 7:23 BW wel van toepassing is, is er wellicht nog enige nuancering in de omvang van het rechtsverlies denkbaar. Artikel 7:23 BW is, evenals zijn tegenhanger in het algemene vermogensrecht (art. 6:89 BW) te beschouwen als een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid. Bij de toepassing van artikel 7:23 BW moet met die achtergrond rekening worden gehouden. In de literatuur wordt daarom wel bepleit dat denkbaar is dat de gevolgen van toepassing van artikel 7:23 BW worden genuanceerd, bijvoorbeeld in die zin dat de schuldeiser wel zijn recht op nakoming verliest, maar niet zijn recht op schadevergoeding (losbl. Verbintenissenrecht, art. 89, aant. 33). Het ligt op de weg van de

schuldeiser die geconfronteerd wordt met een beroep op artikel 7:23 lid 1 BW om feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit volgt dat een onverkorte toepassing van artikel 7:23 lid 1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het arrest van de Hoge Raad gaat over artikel 7:23 lid 2 BW en gaat niet in op het zojuist opgeworpen punt.

5. In de zaak Inno Holding Baarn/Gemeente Sluis had de verkoper tijdig geklaagd en zat het probleem in de verjaringstermijn van lid 2. In veel gevallen loopt de koper echter al het risico dat wordt geoordeeld dat hij te laat heeft gereclameerd. Voor consumentenkoop bepaalt de wet dat een klacht binnen twee maanden na feitelijke ontdekking van het gebrek in ieder geval tijdig is. Voor andere gevallen geldt (behoudens afwijkende contractuele regeling) dat 'binnen bekwame tijd' moet worden geklaagd. Die niet in de wet nader bepaalde periode begint te lopen, afhankelijk van het geval (zie lid 1), na het moment van feitelijke ontdekking of na het moment waarop de koper het gebrek had behoren te ontdekken. De uitdrukking 'binnen bekwame tijd' geeft een ruimere termijn dan de uitdrukkingen als 'terstond' (= onmiddellijk reageren) of 'onverwijld' (= zonder vertraging handelen, rekening houdend met de omstandigheden van het geval) en houdt in dat er onder meer ruimte is voor enig beraad en onderzoek. De lengte van de termijn zal mede afhankelijk zijn van omstandigheden als de aard van de overeenkomst, de aard van de prestatie en de deskundigheid, onderlinge verhouding en juridische kennis van betrokkenen (losbl. Verbintenissenrecht, art. 89, aant. 18; Bijzondere Overeenkomsten, art. 23, aant. 5). Gezien de verstrekkende gevolgen van het oordeel dat de koper te laat heeft geklaagd en gegeven de ratio van artikel 7:23 BW, menen wij dat de rechter bij de beoordeling van de 'bekwame tijd' ook rekening dient te houden met de aard van het gebrek en de vraag in hoeverre de duur van de termijn ertoe heeft geleid dat voor de verkoper daadwerkelijk sprake is van een 'late en daardoor moeilijk betwistbare' klacht. Indien de discussie over het gebrek en de verantwoordelijkheid daarvoor niet nadelig is beïnvloed door het tijdsverloop, en de verkoper ook anderszins niet duidelijk maakt hoe hij door het tijdsverloop is benadeeld, is er reden niet te snel aan te nemen dat de bekwame tijd is verstreken. In dit licht zijn wij kritisch ten aanzien van de tendens in de lagere rechtspraak om de 'bekwame tijd' min of meer in abstracto in te vullen aan de hand van vuistregels. Zo circuleert bij de koop van onroerende zaken een richttermijn van twee maanden (bijvoorbeeld Hof Den Bosch 20 maart 2001, NJ 2002, 67 en Hof Den Bosch 24 januari 2006. LJN AV5206; Hof Den Haag 24 november 2003, Prg. 2004, 6206).

*Mr. T.H.M. van Wechem en prof. mr. M.H. Wissink*