

## AANSPRAKELIJKHEID EN VERZEKERING

### Geldt de klachtplicht ook bij een vordering uit onrechtmatige daad?

2018-0120

Een beroep op schending van de klachtplicht is een vaak terugkerend verweer in procedures. Dat is ook begrijpelijk: indien de schending wordt aangenomen, is het recht verwerkt om de wederpartij aan te spreken. Een beroep op schending van de klachtplicht wordt veelal aangevoerd in het kader van een contractuele relatie. Op 13 juli 2018 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin schending van de klachtplicht werd aangevoerd in het licht van een vordering uit onrechtmatige daad [ECLI:NL:HR:2018:1176]. Dit arrest staat in deze bijdrage centraal.

#### De casus

Het betrof in deze casus de verkoop van een woning in 2010. De makelaar had in de brochure van de betreffende woning vermeld dat het oppervlakte van de woning 80 m<sup>2</sup> betrof. Het huis werd verkocht op 13 september 2010 voor € 415.000. Vervolgens wil koper het huis in 2014 verkopen. Hij meet het oppervlakte op – conform de in branche gebruikelijke meetinstructie – en constateert een bruto oppervlakte van 77 m<sup>2</sup> en netto oppervlakte van 71 m<sup>2</sup>. Verhoudingsgewijs dus een behoorlijk verschil met de oppervlakte die de makelaar vier jaar eerder in de verkoopbrochure had vermeld. Koper stelt vervolgens de makelaar aansprakelijk voor de schade die hij heeft geleden als gevolg van het geconstateerde verschil in het woonoppervlakte.

In de feitelijke instanties draait het juridisch debat voor een groot deel om de vraag of de meetinstructie juist is toegepast. Die vraag laat ik in deze bijdrage verder buiten beschouwing. Relevant is dat het gerechtshof tot de conclusie komt – welke conclusie door de Hoge Raad is

bekrachtigd – dat de oppervlakte onjuist is en in strijd met de meetinstructie is vermeld door de makelaar en de makelaar derhalve onrechtmatig heeft gehandeld jegens koper. In cassatie ligt – naast voornoemde vraag of er sprake is van een onrechtmatige daad – ook de vraag voor of de verkopend makelaar een beroep toekomt op artikel 6:89 BW.

#### Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt – overeenkomstig de Conclusie van A-G Valk op dit punt – ten aanzien van de vraag of in het onderhavige geval door de makelaar een beroep kan worden gedaan op artikel 6:89 BW als volgt:

*“De klachtplicht van art. 6:89 BW heeft, evenals die van art. 7:23 lid 1 BW bij een koopovereenkomst, betrekking op gebrekkige prestaties, dat wil zeggen prestaties van een schuldenaar (bij art. 7:23 BW: prestaties van een verkoper) die niet aan de verbintenis beantwoorden. De klachtplicht ziet derhalve niet op een vordering uit onrechtmatige daad. Dat laatste is slechts anders indien de vordering uit onrechtmatige daad is gericht tegen de schuldenaar (bij art. 7:23 BW: is gericht tegen de verkoper) en is gegrond op feiten die tevens de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt (bij art. 7:23 BW: niet aan de koopovereenkomst beantwoordt); zie onder meer HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552, rvo. 4.8.2 (Ploum/Smeets I) en HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902, NJ 2017/438, rov. 3.3.2 (MBS/Prowi). In een geval als het onderhavige is daarvan geen sprake. [eiseres] is immers niet aansprakelijk omdat zij jegens [verweerder] c.s. is tekortgeschoten in de nakoming*

van een verbintenis; zij is als makelaar uit onrechtmatige daad aansprakelijk, omdat in een van haar afkomstige, voor aspirant-kopers bestemde, verkoopbrochure informatie stond omtrent de woonoppervlakte van de woning die bij [verweerder] c.s. als aspirant-kopers een onjuiste voorstelling van zaken heeft gewekt. Er doet zich daarom niet het geval voor dat de schuldenaar van een verbintenis moet worden beschermd tegen het door de schuldeiser(s), door middel van een vordering uit onrechtmatige daad, ontgaan van de klachtplicht. De onderdelen kunnen daarom niet tot cassatie leiden.”

De Hoge Raad overweegt dus dat de klachtplicht niet ziet op een vordering uit onrechtmatige daad. Dat is slechts anders indien de vordering uit onrechtmatige daad is gericht tegen de schuldenaar en is gegrond op feiten die tevens de stelling zouden rechtvaardigen dat de prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt.

#### Commentaar

Artikel 6:89 BW luidt: *‘De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd’*. In het arrest Van de Steeg c.s./Rabobank (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600) oordeelde de Hoge Raad dat artikel 6:89 BW van toepassing is op ‘alle verbintenissen’. Eerder oordeelde de Hoge Raad in het arrest Ploum/Smeets (HR 21 april 2006, ECLI:N:HR:2006:AW2582) dat de klachtplicht van artikel 7:23 BW van toepassing was op een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad, indien ‘de harde kern van de vordering’ feitelijk is gebaseerd op een wanprestatie [non-conformiteit]. Daar viel ook veel voor te zeggen. Anders zou de schuldenaar zijn schending van de klachtplicht kunnen ontlopen door de vordering te baseren op artikel 6:162 BW. Om die reden – en daar verwijzen de Hoge Raad en de A-G ook naar – is in het kader van de klachtplicht ex artikel 7:23 BW een uitzondering gemaakt.

Naar aanleiding van het arrest Ploum/Smeets is in de literatuur een discussie ontstaan over de vraag of de klachtplicht ook gold c.q. zou moeten gelden in het geval van aan zuivere onrechtmatige daad. Door Van Emden en De Haas is in 2013 betoogd dat de plaatsing van artikel 6:98 BW in afdeling 9, titel 1 [in plaats van titel 5] en het gegeven dat de klachtplicht ook van toepassing zou zijn op dwaling en gebreken in de precontractuele fase, de wettelijke term ‘gebrek in een prestatie’ niet een uit contract verschuldigde prestatie behoeft te zijn. Nu de klachtplicht volgens de auteurs ook van toepassing is op contractuele zorgplichten valt niet in te zien waarom deze niet ook op buitencontractuele zorgplichten zou zien. Bovendien blijkt uit de parlementaire geschiedenis ook geen duidelijke aanwijzingen van de werkgever dat het artikel uitgesloten is ten aanzien van vorderingen ex artikel 6:162 BW.

Na het arrest Ploum/Smeets is de vraag of artikel 6:89 BW ook van toepassing is in het geval van een zuivere onrechtmatige daad, een aantal keer aan de orde geweest in de lagere rechtspraak. Zo overwoog de Rechtbank Zutphen eerder (16 juli 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:8382):

*“Dit beroep gaat reeds niet op nu een onrechtmatige daad, zoals hier het door de makelaar niet verstrekken van wezenlijke informatie aan een koper, niet kan gelden als een “gebrekige prestatie” zoals in dit artikel wordt bedoeld. Gelet op de in deze bepaling gehanteerde terminologie en de plaats van deze bepaling in boek 6 BW, namelijk in paragraaf 3 van titel 1, afdeling 9, met het opschrift: “verdere gevolgen van niet nakoming”, ziet deze bepaling op ondeugdelijke nakoming van tussen partijen overeengekomen prestaties. Van een onrechtmatige gedraging kan dan ook niet gezegd worden dat de schadelijgende partij daarover op grond van artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd bij de veroorzaker dient te klagen.”*

De rechtbank Oost-Brabant oordeelde in het vonnis van 16 juli 2008 (ECLI:NL:RBOBR:2008:3488):

*De rechtbank verwerpt de stelling van de notaris dat [eiseres] niet tijdig heeft geprotesteerd en dat haar vordering derhalve op grond van artikel 6:89 BW dient te worden afgewezen. De aansprakelijkheid van de notaris uit hoofde van artikel 25 lid 3 Wna betreft namelijk niet een aansprakelijkheid op grond van tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, maar een aansprakelijkheid die rechtstreeks voortvloeit uit de wet. Artikel 6:89 BW is daarop niet van toepassing en het beroep van de notaris op de klachtplicht gaat dan ook niet op. Interessant is het arrest van het Hof Den Haag van 22 januari 2013 (ECLI:NL:GHDHA:2013:147), waarin het hof – in tegenstelling tot voornoemde vonnissen – tot een andere conclusie komt:*

*De incidentele grief II is gericht tegen het oordeel van de rechtbank, hierboven vermeld in rov. 3, sub c. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] stellen in de eerste plaats dat Pius geen beroep meer kan doen op eventueel onrechtmatig handelen of nalaten van [geïntimeerde 1] omdat Pius niet binnen bekwame tijd als bedoeld in artikel 6:89 BW heeft geprotesteerd. (...) Het hof concludeert daarom dat Pius niet binnen bekwame tijd als bedoeld in artikel 6:89 BW een beroep heeft gedaan op het beweerdelijk gebrek in de prestatie van [geïntimeerde 1]. Hieruit volgt dat de rechtbank ten onrechte het beroep van Pius op het beweerdelijk jegens haar gepleegde onrechtmatig handelen of nalaten van [geïntimeerde 1] heeft gehonoreerd en bewijs aan [geïntimeerde 1] opgedragen. Ook voor zover de vordering van Pius is gegrond op de stelling dat ten onrechte haar eigendommen zijn geveild, is die vordering dus niet toewijsbaar.”*

De Hoge Raad heeft met arrest van 13 juli jl. in elk geval definitief duidelijkheid verschaft. Artikel 6:89 BW maakt onderdeel uit van de bepalingen

over de gevolgen van niet nakomen van een verbintenis (afdeling 9 van titel 1 van boek 6 BW). Daar is al een eerste indicatie gegeven voor de conclusie dat de klachtplicht – in elk geval niet zonder meer – niet geldt in het geval van een onrechtmatige daad. Ook de A-G verwijst naar de plaatsing van artikel 6:89 BW in het BW. Daar komt bij – in lijn met andere opvattingen in de literatuur – dat mijns inziens de schending van algemene rechtsplichten iets wezenlijks anders is

dan het leveren van een 'gebrekkige prestatie', waar artikel 6:89 BW over gaat (zie ook A.J. Rijsterborgh en Z.D. Veldhoen, 'De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW een dogmatisch en praktisch perspectief', MvV 2015, nummer 4, p. 99-15).

*Auteurs: mr. mr. E.J. de Koning-Witte en mr. R.J. Boogers, Bogaerts & Groenen advocaten, Boxtel*