

Het verval van art. 6:89 BW

MR. DRS. T.S. JANSEN

Art. 6:89 BW doet steeds meer opgeld in de commerciële procespraktijk. Een zoekopdracht op uitspraken in Legal Intelligence met de term 'art. 6:89 BW' levert in de jaren 1992-2005 gemiddeld 5 uitspraken per jaar op, terwijl dit in de periode 2006-2009 opgelopen was tot 66 en de stand voor 2010 in juni op 49 staat.¹ Deze populariteit laat zich verklaren door de verstrekkendheid van een op art. 6:89 BW geënt verweer van de schuldenaar: indien de schuldeiser niet binnen bekwame tijd tegen een gebrek in de prestatie heeft geprotesteerd, is iedere rechtsvordering van de schuldeiser die – en ieder verweer van de schuldeiser dat – feitelijk gegrond is op het niet-beantwoorden van de prestatie aan de overeenkomst of de verbintenis komen te vervallen.² Dit verval betreft niet slechts de voor de hand liggende contractuele remedies (nakoming, opschorting, schadevergoeding en ontbinding) maar ook vernietigingsvorderingen³ en vorderingen gebaseerd op onrechtmatige daad. De waarde van een geslaagd aan art. 6:89 BW ontleend verweer van de schuldenaar, en het met een dergelijk verweer gemoeide risico voor de schuldeiser, rechtvaardigt een overzichtsartikel.

Reikwijdte

Art. 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. Art. 7:23 lid 1 BW bevat een met art. 6:89 BW vergelijkbare regeling op grond waarvan een koper er geen beroep meer op kan doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt (non-conform is), indien hij de verkoper hier niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt, of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis van heeft gegeven.⁴ Het vervolg van dit artikel bespreekt primair art. 6:89 BW. Vanwege de verwantschap van de twee bepalingen, art. 7:23 BW betreft een precisering van art. 6:89 BW,⁵ zijn de observaties met betrekking tot art. 6:89 BW ook van toepassing op art. 7:23 lid 1 BW en vice versa, tenzij anders aangegeven. De reikwijdte van art. 6:89 BW wordt bepaald door het begrip “*gebrek in de prestatie*” waarover de schuldeiser

zich dient te beklagen.⁶ Gelet op het feit dat art. 6:89 BW deel uitmaakt van Afdeling 9 (de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis), van Titel 1 (Verbintenissen in het algemeen) van Boek 6, is het van toepassing in geval van gebrekkige nakoming van *verbintenissen*.⁷ Art. 6:89 BW ziet derhalve slechts op een gebrek in de nakoming van een verbintenis, oftewel een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens diegene tot die prestatie verplicht is.⁸ Art. 6:89 ziet dus niet op gebrekkige nakoming van iedere rechtsplicht. Een prestatie in de zin van dit artikel is in elk geval niet het opstellen en het toezenden van een factuur, zo volgt uit HR 11 mei 2001, *NJ* 2001, 410 (Luttikhuis/Ridgefield).⁹ Op een gebrek in de noodzakelijke medewerking in de zin van art. 6:58 BW of de nakoming van in overeenkomsten opgenomen bijkomende verplichtingen die niet als verbintenis kunnen worden aangemerkt ziet art. 6:89 BW evenmin. Onder verwijzing naar Pres. Rb Leeuwarden 3 maart 1999, *KG* 1999/109 is wel verdedigd dat art. 6:89 BW niet

1 Vgl. www.legalintelligence.nl. Overigens zijn dubbeltellingen niet uit de opsomming gehaald.

2 HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552 (Ploum/Smeets), r.o. 4.8.2.

3 HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007/636 (Pouw/Visser), r.o. 3.8.

4 NB: art. 7:23 lid 2 bevat een korte verjaringstermijn voor rechtsvorderingen en verweren gegrond op non-conformiteit van 2 jaar na kennisgeving.

5 HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552 (Ploum/Smeets), r.o. 4.8.2.

6 NB: art. 7:23 lid 1 BW ziet enkel op non-conformiteit, oftewel dat hetgeen is afgeleverd niet aan de koopovereenkomst beantwoordt.

7 Mon. BW A6b (Tjittes), p. 57. Zie ook Gerechtshof Amsterdam 10 november 2009, *LJN* BL8340 (Robinson & Croesus Venture Fund/BDO), r.o. 4.10: “de wetgever heeft het bepaalde in art. 6:89 BW – mede gelet op de positie die deze bepaling in het BW inneemt – kennelijk van toepassing willen laten zijn op elke prestatie die niet aan de verbintenis beantwoordt (...)”.

8 Asser-Hartkamp-Sieburgh, 6-I, ed. 2008, nr. 6.

9 Vgl. ook Gerechtshof Leeuwarden 17 februari 2009, *LJN* BH4857.

ziet op de gebrekkige nakoming van een geldschuld.¹⁰ Niet is echter in te zien op welke grondslag de gebrekkige nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom in de zin van Afdeling 11 van Titel I van Boek 6 BW niet onder de werking van art. 6:89 BW zou vallen. Dit volgt in elk geval niet uit voormelde uitspraak in kort geding die ziet op de executie van een vonnis waarin een veroordeling tot nakoming van een betalingsverplichting was uitgesproken, waarbij door betekening van het vonnis te kennen was gegeven dat nakoming was verlangd en diverse keren aanspraak was gemaakt op betaling.

Uit HR 22 maart 2007, *NJ* 2007/176 (Brocacef/Simons) volgt dat art. 6:89 BW slechts op gevallen van ondeugdelijke nakoming ziet, en niet (mede) op gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht. Deze regel baseert de Hoge Raad op de bewoordingen "gebrek in de prestatie", in combinatie met het feit dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat deze bepaling ertoe strekt de schuldenaar die een prestatie heeft verricht te beschermen, opdat hij erop kan rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dat niet het geval blijkt te zijn, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar meedeelt.¹¹ Een dergelijke onderzoeksplicht is niet te rijmen met de situatie dat er in het geheel geen prestatie is verricht.

Tot welke afbakeningsproblemen dit in de praktijk leidt, volgt uit de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80 (Robinson/Molenaar Racing). In § 2.23 van zijn conclusie vraagt hij zich af of dat geval draaide om niet-nakoming, of om ondeugdelijke nakoming. Indien de contractuele verplichting van Molenaar zou strekken tot het leveren of uitlenen van 2 motoren aan Robinson en Molenaar slechts 1 motor ter beschikking zou hebben gesteld, had hierover geen twijfel behoeven te bestaan: in dat geval zou zonder meer sprake zijn van niet-nakoming. Anderzijds signaleerde de A-G dat de technische ondersteuning waartoe Molenaar zich had verbonden het ter beschikking stellen van 2 motoren omvatte. Zo gezien, zou een klacht over het niet beschikbaar stellen van 2 motoren kunnen worden opgevat als een klacht over gebrekkige technische ondersteuning. De A-G concludeerde dat het Hof dit punt nader had dienen te onderzoeken. Overigens heeft de Hoge Raad op dit punt geen uitspraak gedaan omdat hij oordeelde dat het Hof art. 6:89 BW niet ambtshalve mocht toepassen en op die grond casseerde.

Onderzoeksplicht in relatie tot "bekwame tijd"

Zoals uit de strekking van art. 6:89 BW zoals weergegeven in het arrest Brocacef/Simons volgt dient de schuldeiser

met bekwame spoed te onderzoeken of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt. Uit HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 (Pouw/Visser) volgt dat de schuldeiser in dit verband "het in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem te verwachten onderzoek" dient te verrichten. De termijn die de schuldeiser ten dienste staat voor zijn onderzoek is ook afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit onderzoek dient te worden ingesteld en uitgevoerd met de voortvarendheid die gelet op de omstandigheden van het geval in redelijkheid kan worden gevergd. Volgens de Hoge Raad zijn in dit verband relevante omstandigheden onder meer: de aard en waarneembaarheid van het gebrek; de wijze waarop dit aan het licht treedt; en de deskundigheid van de koper. De Hoge Raad onderkent dat dit onderzoek onder omstandigheden de inschakeling van een deskundige vereist. Deze onderzoeksplicht geldt bij iedere prestatie, ook prestaties gericht op herstel of aanvulling naar aanleiding van een eerder protest.¹²

Volgens A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 (Pouw/Visser) moet een gebrekkige prestatie in beginsel als ontdekt worden beschouwd, en dat dus de termijn voor protest binnen bekwame tijd begint te lopen, zodra een zodanig beeld van de aard en omvang en vooral van de herkomst van de gebrekkige prestatie bestaat dat de schuldeiser in redelijkheid kan aannemen dat de schuldenaar ter zake van de gebrekkige prestatie kan worden aangesproken in de zin van ter verantwoording roepen.¹³ De Hoge Raad oordeelde in dit verband dat een particuliere koper, die aan de uiterlijke verschijnselen van het door hem gekochte huis al wel had gezien dat van gebreken sprake was, maar (in redelijkheid mocht aannemen dat hij) zonder nader onderzoek van een deskundige de aard, de ernst en de oorzaak van deze gebreken niet kon vaststellen, of met voldoende precisie aan de verkoper melden, de uitkomst van een dergelijk onderzoek mocht afwachten.¹⁴

Protest binnen "bekwame tijd"

De schuldeiser dient vervolgens binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt, of redelijkerwijs had moeten ontdekken, te protesteren.¹⁵ De vraag wat een "bekwame tijd" is, kan niet in algemene zin worden beantwoord. In het concrete geval vereist de beoordeling of binnen bekwame tijd is geprotesteerd een weging van alle betrokken belangen 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 en de deskundigheid van de schuldeiser.¹⁶ Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:89 BW volgt dat de aard van

12 Pouw/Visser, r.o. 3.3.5 en HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 605 (Ansing/Dijkstra).

13 Laatste alinea onder 3.4.

14 R.o. 3.4.3, laatste alinea.

15 In geval van een koopovereenkomst volgt uit art. 7:23 lid 1 BW dat de verplichting tot kennisgeving bij schending van een garantie of mededelingsplicht, of in geval van een consumentenkoop, eerst na daadwerkelijke ontdekking hoeft plaats te vinden in plaats van nadat non-conformiteit redelijkerwijs had moeten zijn ontdekt.

16 HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 (Pouw/Visser).

10 Losbl. Verbintenissenrecht (Wissink), art. 89, aant. 7 en Mon. BW A6b (Tjittes), p. 57, art. 6:89 BW, waarin wordt gesteld dat geldschulden niet als verbintenissen tot het verrichten van een prestatie kunnen worden beschouwd.

11 Parl. Gesch. Boek 6, p. 316-317. Zie ook conclusie A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80 (Robinson/Arie Molenaar Racing). Zie ook § 2.17 conclusie A-G voor het arrest inzake Brocacef/Simons.

de overeenkomst en de gebruiken in dit verband in acht te nemen omstandigheden zijn.¹⁷ Tjittes noemt daarenboven de aard van de prestatie (het gekochte), de onderlinge verhouding en de juridische kennis van de betrokkenen.¹⁸ Het in dit verband primair in aanmerking te nemen belang is het rechtszekerheidsbelang van de schuldenaar dat het

De beoordeling of protest binnen "bekwame tijd" is gedaan vereist een belangenafweging in het licht van alle relevante omstandigheden.

voor hem spoedig na presteren duidelijk is of hij met aanspraken van de schuldeiser rekening dient te houden en dat hij niet door verstrijken van tijd en voortgezet gebruik in een veel moeilijker (bewijs)positie geraakt om klachten te betwisten. Hierbij komt dat de schuldenaar zich in verband met gebreken tijdig tot derden moet kunnen wenden, bijvoorbeeld eerdere verkopers, toeleveranciers of fabrikanten. Bovendien heeft de schuldenaar belang bij een spoedig protest om zijn bevoegdheid ex art. 6:88 lid 1 BW te kunnen uitoefenen.¹⁹ Een spoedig protest is ook in het belang van de schuldenaar om te beoordelen of aanpassingen in zijn productieproces, of anderszins in de wijze waarop hij presteert, aangewezen zijn. In navolging van A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 (Pouw/Visser) meen ik dat het feit dat de schuldeiser zich niet bewust is van zijn plicht om de schuldenaar binnen bekwame tijd van de gebrekkige prestatie in kennis te stellen geen in aanmerking te nemen omstandigheid is, nu dit in feite neerkomt op een beroep op rechtsdwaling dat omwille van het rechtsverkeer niet spoedig wordt gehonoreerd.²⁰ De Hoge Raad overwoog dat buiten de consumentenkoop in de zin van art. 7:23 lid 1 BW (waarbij kennisgeving binnen 2 maanden na ontdekking in elk geval tijdig is) een vaste termijn niet kan worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.²¹ Onder alle omstandigheden geldt als uitgangspunt wél dat in beginsel haast is geboden, nu uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat onder een protest binnen bekwame tijd wordt verstaan "op korte termijn",²² althans "met spoed",²³ althans "binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden in verband met een onderzoeksplicht van hem kan worden gevergd."²⁴ Op zijn vroegst kan ten tijde van het leveren van de prestatie (onderzocht en) geprotesteerd worden, zodat een mededelingsplicht voordien

in beginsel niet kan worden aangenomen. Dit is slechts anders indien de schuldenaar voorafgaande aan het moment van presteren aan de schuldeiser gelegenheid heeft geboden tot inspectie, in welk geval de schuldeiser in de regel ter zake van de door hem bij deze inspectie ontdekte gebreken direct zal hebben te protesteren.²⁵

Wanneer de onderzoeksplicht van de schuldeiser de inschakeling van een deskundige vereist staat het de schuldeiser vrij de uitslag van dit onderzoek af te wachten zonder de schuldenaar hiervan op de hoogte te brengen. Dit is slechts anders indien de verwachting is dat met het onderzoek langere tijd is gemoeid (of dat dit tijdens het onderzoek blijkt). Dan volgt uit de strekking van de regeling dat de schuldeiser onverwijld aan zijn wederpartij kennis geeft van dat onderzoek en de verwachte duur ervan.²⁶

Vorm van protest

Nu de wet geen vormvereisten stelt aan het protest van de schuldeiser ter zake van een gebrek in de prestatie kan dit vormvrij jegens de schuldeiser²⁷ geschieden. Ter voorkoming van bewijsproblemen, verdient een schriftelijke kennisgeving, aangetekend met bericht van ontvangst of een 'fantasie' deurwaardersexploot, de voorkeur. Uit HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552 (Ploum/Smeets) volgt dat op de schuldeiser de verplichting rust te stellen, en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen, dat en op welke wijze hij tijdig en op een voor de schuldenaar kenbare wijze heeft geprotesteerd over de gebrekkige prestatie. Overigens kunnen aan het protest geen al te hoge eisen worden gesteld nu de schuldenaar bij een onduidelijke omschrijving van het gebrek eenvoudig en spoedig navraag kan doen bij de schuldeiser.²⁸

Uit HR 11 juni 2010, LJN BL8297 volgt dat voor wat betreft de inhoud van het protest geldt dat de schuldeiser aan zijn wederpartij moet meedelen dat de verrichtte prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt, waarbij, voor zover mogelijk, de schuldeiser zijn wederpartij tevens dient te informeren omtrent de gestelde aard en omvang van de tekortkoming. In deze zaak casseerde de Hoge Raad het in *NJF* 2009/64 (A/Van Lanschot) gepubliceerde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 5 augustus 2008. Hierin beoordeelde het hof een aantal, in de loop van een vermogensbeheerrelatie gedane, kennisgevingen en merkte het een brief, waarin werd geklaagd over de persoon van een vermogensadviseur en aanspraak werd gemaakt op schadevergoeding ten gevolge van handelingen van die vermogensadviseur, aan als een eerste daadwerkelijke voor de schuldenaar kenbare klacht over haar prestatie (en dus als protest in de

17 Parl. Gesch. Boek 6, p. 317.

18 A.w., p. 69.

19 Conclusie van A-G Wuisman voor HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 605 (Ansink/Dijkstra), § 3.6.

20 § 3.5, waarin verwezen wordt naar onder andere HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115; conclusie van A-G Spier (onder 4.6) voor HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 93 en de conclusie van A-G Verkade voor HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585.

21 Hoewel het arrest Pouw/Visser op art. 7:23 BW ziet, gaan de daarin geïntroduceerde rechtsregels ook op voor art. 6:89 BW.

22 Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 148.

23 Tjittes, a.w., p. 68.

24 NvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 152.

25 Parl. Gesch. Boek 6, p. 317, aangehaald in HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 408 (WRA/Oldenhoeck).

26 HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 (Pouw/Visser), onder verwijzing naar: Parl. Gesch. Boek 6, p. 317, Vgl. ook HR 25 februari 2005, «JOR» 2005/168 (Fabels/Meenderink).

27 Vgl. evenwel Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2008, *NJF* 2009/273, waarin protest bij een de schuldenaar vertegenwoordigende makelaar ook werd geaccepteerd.

28 Tjittes, a.w., p. 70.

zin van art. 6:89 BW). Het Hof had in het bestreden arrest evenwel ook vastgesteld dat de schuldeiser voordien reeds zó ontevreden was over de advisering dat hij het vertrouwen in zijn toenmalige beleggingsadviseur had opgezegd waarna de schuldenaar hem een andere beleggingsadviseur had toegewezen. Daarmee heeft de schuldeiser, naar de vaststelling van het hof, de schuldenaar dus geïnformeerd over de gestelde aard van de tekortkoming hetgeen tot het treffen van maatregelen tijdens de schuldenaar heeft geleid. In dit licht oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat de geuite klachten niet aan de daaraan ex art. 6:89 BW te stellen eisen voldoen onbegrijpelijk is gemotiveerd. Uit HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007/636 (Pouw/Visser) volgt dat wanneer een schuldenaar al een keer op scherp is gezet door middel van een rechtsgeldig protest er geen verplichting bestaat om bij ieder nadien gebleken gebrek in de prestatie opnieuw binnen bekwame tijd te protesteren. De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.5:

“Het feit dat de verkoper door het eerste – terstond aan hem toegezonden – rapport van de deskundige in kennis was gesteld van gebreken aan het huis, bracht mee dat de verkoper erop bedacht diende te zijn dat er een vervolgonderzoek kon worden ingesteld naar de toestand waarin het huis verkeerde en dat daarbij ook andere soortgelijke gebreken aan het licht zouden kunnen komen. Daarom hoefde de koper zijn wederpartij niet binnen dezelfde termijn als voor de aanvankelijk ontdekte gebreken gold, op straffe van verval van zijn rechten op de hoogte te stellen van verder door de deskundige ontdekte – soortgelijke – gebreken aan het huis.”

Rechtsgevolg van niet voldoen aan onderzoeks- en protestplicht

Zoals in de inleiding gesteld verliest de schuldeiser die niet aan zijn uit art. 6:89 BW voortvloeiende verplichtingen voldoet iedere rechtsvordering die – en ieder verweer dat – feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de prestatie aan de verbintenis. Wordt desondanks een vordering of verweer op die grondslag ingesteld of gevoerd, dan leidt dit tot niet-ontvankelijkheid.²⁹ Volgens de wetgever behoort bij niet-nakoming van de mededelingsplicht iedere discussie over de vraag of de zaak al of niet aan de overeenkomst beantwoordde, in het belang van de verkoper, te zijn afgesneden.³⁰

Bollen en Hartlief hebben bepleit dat deze harde sanctie – verval van alle rechten – niet meer van deze tijd is en bepleiten ontmanteling van dit laatste “alles of niets bolwerk” door toepassing van art. 6:89 (en 7:23) BW met inachtneming van redelijkheid en billijkheid, althans de inzet van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid om tot een meer genuanceerde proportionele oplossing te komen die aansluit bij het specifieke nadeel dat de schuldenaar lijdt door een ontijdig protest.³¹ Een dergelijke benadering sluit

volgens hen aan bij HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 378 (Royal & Sun/Universal). Deze zaak draaide onder meer om de schending van een contractueel vervalbeding dat luidde: “*the Insured shall give notice to the Insurers and or its authorised representatives of (...) any accident as soon as practicable after the accident comes to the knowledge of the Insured*”. Het Hof oordeelde dat het beroep van Royal & Sun op dit contractuele vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was nu, in de kern genomen, Royal & Sun slechts in zeer geringe mate was benadeeld door de “late notification”, welk nadeel bovendien volledig werd gecompenseerd door een aftrek toe te passen van 10% van het verzekerde schadebedrag tot uitkering waarvan een veroordeling werd uitgesproken. De Hoge Raad sauveerde deze toepassing van art. 6:248 lid 2 BW met de motivering dat, kort gezegd, het ingrijpende karakter van de sanctie onvoldoende wordt gerechtvaardigd doordat Royal & Sun de mogelijkheid is onthouden om tijdig zelfstandig onderzoek te doen en in een vroeg stadium een schikkingpoging te ondernemen, nu het hof de mate waarin de verzekeraars zijn benadeeld in mindering heeft gebracht op het door de verzekeraar uit te keren bedrag.³² Naar analogie van dit arrest zou een schuldeiser, in geval van een beroep van de schuldenaar op het wettelijke vervalbeding van art. 6:89 BW, zich er onder vergelijkbare omstandigheden op kunnen beroepen dat deze krachtens wet geldende regel toepassing mist, nu toepassing daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Bollen en Hartlief doelen daar ook met zoveel woorden op. Naar mijn mening is een beroep op derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, of de door Bollen en Hartman bepleite proportionele toepassing, echter niet nodig om art. 6:89 BW van de scherpe kantte te ontdoen. Zoals hiervoor weergegeven volgt uit HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 (Pouw/Visser) dat de vraag of in een gegeven geval binnen bekwame tijd is geprotesteerd een weging van alle betrokken belangen vereist met inachtneming van alle relevante omstandigheden. De Hoge Raad noemt hierbij expliciet de omstandigheid of de schuldenaar al dan niet nadeel lijdt door de termijn waarbinnen geprotesteerd is. De vraag of de schuldenaar wetenschap had van de gebrekkige prestatie, in welk geval verval van recht vanwege een ontijdig protest tegen diezelfde gebrekkige prestatie in een ander licht komt te staan, is mijns inziens tevens een in dit verband in aanmerking te nemen omstandigheid. Met deze door de Hoge Raad opgedragen weging van belangen en omstandigheden bij de bepaling van de bekwame termijn heeft de rechter alle vrijheid om in het gegeven geval tot een genuanceerde toepassing van art. 6:89 BW te komen. Bij deze weging kan de rechter zich, mits voldoende belangen en omstandigheden zijn gesteld, meer vrijheid veroorloven dan bij derogatie op grond van redelijkheid en billijkheid. Dan dient de rechter zich immers terughoudend op te stellen nu de toets is of toepassing van de tussen partijen geldende regel naar maatstaven

29 Parl. Gesch. Boek 7, p. 148.

30 Parl. Gesch. Boek 7, p. 146 en 152.

31 C. Bollen en T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde contractant.

Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld’, *NJB* 2009/43, p. 28, 106 e.v.
32 R.o. 4.7.

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.³³ Deze drempel geldt niet bij de weging in verband met de vaststelling van de bekwame tijd. De rechter heeft derhalve de ruimte om art. 6:89 BW genuanceerd toe te passen. Het is vervolgens aan de advocaat van de schuldeiser om de bij het geval betrokken belangen en omstandigheden te stellen waardoor de nuance ook kan worden gevonden.

Rb. Amsterdam 8 april 2009, LJN BJ2303 (DCE Consultants/KPMG Meijburg & Co) biedt een voorbeeld van een genuanceerde rechterlijke benadering van art. 6:89 BW en de vereiste bekwame tijd waarbinnen geprotesteerd had moeten worden tegen een in 1997 gegeven gebrekkig fiscaal advies. In aanmerking genomen dat het geen eenvoudig waarneembaar feitelijk gebrek in de nakoming door een vanwege zijn deskundigheid op dat gebied aangezochte schuldenaar betrof (hetgeen volgens de rechtbank tot terughoudendheid noopt bij de beantwoording van de vraag wanneer het gebrek had moeten worden ontdekt), er sinds langere tijd een adviesrelatie bestond op grond waarvan mocht worden verwacht dat omissies of gebreken eigener beweging zouden worden meegedeeld en in onderhandelingen met de belastingdienst het in het fiscale advies ingenomen standpunt werd gehandhaafd, hoefde DCE uit de haar in weerwil van het advies opgelegde belastingaanslagen niet af te leiden dat het advies gebrekkig was. Dit had DCE eerst moeten ontdekken toen zij eind 2004 in overleg met een andere adviseur besloot tot een compromis met de belastingdienst te komen. Vervolgens heeft DCE KPMG daar binnen 3 maanden nadien op aangesproken, hetgeen de rechtbank in de omstandigheden van het geval binnen bekwame tijd achtte.

Regelend recht

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:23 lid 1 BW volgt dat het verzuim van tijdige kennisgeving in verval van recht resulteert.³⁴ Nu uit de parlementaire geschiedenis van Boek 3 BW volgt dat de stuiting, verlenging of afstand van een wettelijke vervalttermijn niet mogelijk is tenzij de wet anders bepaalt,³⁵ is in de literatuur aanvaard dat de

in art. 6:89 BW opgenomen vervalttermijn van openbare orde is, daarom dwingendrechtelijk is, ambtshalve moet worden toegepast en niet door partijen kan worden verlengd.³⁶ In HR 20 januari 2006, NJ 2006, 80 (Robinson/Molenaar Racing) wees de Hoge Raad ambtshalve toepassing van art. 6:89 BW door de rechter echter van de hand. Hieruit volgt dat art. 6:89 BW in de visie van ons hoogste rechtscollege niet van openbare orde is. Immers, ambtshalve toepassing zou zijn aangewezen indien art. 6:89 BW een wettelijke vervalttermijn van openbare orde zou zijn.³⁷ Dat art. 6:89 BW geen wettelijke vervalttermijn van openbare orde betreft volgt tevens uit het feit dat de bepaling vooral het hiervoor beschreven belang van de schuldeiser dient. Géén openbaar belang.³⁸ Uit de vaststelling dat art. 6:89 BW geen vervalttermijn van openbare orde betreft volgt dat de in de literatuur daaruit gemaakte gevolgtrekking dat de bepaling van dwingend recht is moet worden verlaten. Het staat partijen dus vrij contractueel van art. 6:89 BW af te wijken of toepassing van dit artikel uit te sluiten.³⁹ Hier is in het verleden wel anders over gedacht.⁴⁰ Met name in de overnamepraktijk voorziet deze contractsvrijheid in een veelvuldig geuite behoefte uit de praktijk.⁴¹

Over de auteur

Mr. drs. Timo S. Jansen is advocaat te Amsterdam, verbonden aan Eversheds Faasen.

33 Asser-Hartkamp-Sieburgh, 6-III, ed. 2008, nr. 413 en o.m. HR 8 februari 2002, NJ 2002, 284.

34 Parl. Gesch. Boek 7, p. 149, 152 en Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 157.

35 Parl. Gesch. Boek 3, p. 1416.

36 Vgl. Tjittes, a.w., p. 60 en de daar vermelde literatuur, waaronder N.W.A. Tollenaar, 'Beschouwingen over artikelen 6:89 en 7:23 BW in het bijzonder bij aandelenkoop', NTBR 2005/9, 437 e.v.

37 Tjittes, a.w., p. 61 en J.L. Smeehuijzen, 'Driekwart van de heersende leer over vervalttermijnen is onjuist', TCR 2009, nr. 4, p. 122.

38 Vgl. Tjittes, a.w., p. 61 en Smeehuijzen, a.w., p. 121.

39 Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-I, ed. 2008, nr. 408, Tjittes, a.w., p. 63 en Smeehuijzen, a.w., p. 124 (t.a.v. afstand van verval). NB: de in art. 7:23 lid 2 BW opgenomen verjaringstermijn kan op grond van art. 3:322 lid 3 BW enkel worden verlengd, maar niet verkort.

40 Zie o.a. Tollenaar, a.w., p. 439 e.v.

41 Vgl. o.a. E.M. Das, 'Enkele aspecten van overnamecontracten', TOP 2009, afl. 3, p. 87; Tollenaar, t.a.p.; en C.J. Mulder en N. de Vos, 'De toepassing van art. 7:23 BW op garanties bij de koop van aandelen', V&O 2003, p. 49.