



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De klachtplicht bij koop

*Een pleidooi voor inperking van het toepassingsbereik in het licht van het pacta sunt servanda-beginsel*

Tamboer, S.

### Publication date

2021

[Link to publication](#)

### Citation for published version (APA):

Tamboer, S. (2021). *De klachtplicht bij koop: Een pleidooi voor inperking van het toepassingsbereik in het licht van het pacta sunt servanda-beginsel*. [, Universiteit van Amsterdam].

### General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

### Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## HOOFDSTUK 2

### Ontstaansgeschiedenis en ratio van de klachtplicht van de koper in het Duitse recht

#### 2.1 Inleiding

Art. 7:23 lid 1 BW is gebaseerd op de artikelen 38 en 39 van het Weens Koopverdrag,<sup>52</sup> die hierna in de hoofdstukken 4 en 5 worden besproken. Deze regelingen zijn op hun beurt geïnspireerd door het Duitse handelskooprecht.<sup>53</sup> Ter beantwoording van de vraag of het huidige toepassingsbereik van de Nederlandse onderzoeks- en klachtplichtregeling gerechtvaardigd kan worden door de ratio en argumenten gegeven ter invoering van deze regeling, wordt in dit hoofdstuk allereerst onderzocht wat de ontstaansgeschiedenis, de ratio en de voor invoering van de regeling gegeven argumenten in het Duitse recht zijn.

---

<sup>52</sup> Zie *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr.E.M. Meijers. Toelichting vierde gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 850; TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 146 onder noot 2 en p. 157; S.A. Kruisinga, 'The Impact of Uniform Law on National Law: Limits and Possibilities – CISG and Its Incidence in Dutch Law', *Electronic Journal of Comparative Law*, vol 13.2 (May 2009); C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 21, 23; R.I.V.F. Bertrams, *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 2; A.C. Steenbeek, 'Enige opmerkingen over art. 7.1.3.5 Nieuw BW: de klachtplicht van de koper ter zake van het niet-beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1988/4, p. 122. Zie ook de verwijzingen in de Parlementaire Geschiedenis van art. 7:23 lid 1 BW, bijvoorbeeld onder TC, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 148.

<sup>53</sup> E. Rabel, 'Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes', *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* 1935/9, p. 341-343; S. Kiene, 'German Country Analysis: Part II', in: L.A. DiMatteo (ed.), *International Sales Law. A Global Challenge*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 377; U. Magnus, 'The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law – Best of all Worlds?', *3 J. Civ. L. Stud.* (2010), vol. 3/1; A. Janssen, *Untersuchungs- und Rügepflichten im deutschen, niederländischen und internationalen Kaufrecht*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2001, p. 37, 44-45. U. Magnus, 'Die Rügeobliegenheit des Käufers im UN-Kaufrecht', *Transp-IHR* 1999/3, p. 29: "Das UN-Kaufrecht hat bekanntlich das Institut der Rügeobliegenheit des Käufers aus dem deutschen Recht übernommen."

De onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper zijn in het huidige Duitse recht opgenomen in het *Handelsgesetzbuch* (hierna: HGB), onder § 377. Het HGB bevat recht dat uitsluitend van toepassing is op handelingen van kooplieden in de zin van § 1 Abs. 1 HGB. De onderzoeks- en klachtplichtbepaling van § 377 HGB is van toepassing indien zowel verkoper als koper kooplieden zijn en zij roerende zaken verhandelen. In het algemene verbintenissenrecht van het *Bürgerliches Gesetzbuch* (hierna: BGB) wordt geen onderzoeks- en klachtplicht voor de koper aangetroffen.<sup>54</sup>

De voorloper van het huidige § 377 HGB is Art. 347 van het *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (hierna: ADHGB) van 1861.<sup>55</sup> Tijdens de totstandkoming van het ADHGB is uitgebreid gediscussieerd over de opname en de rechtvaardiging van een onderzoeks- en klachtverplichting bij de handelskoop.<sup>56</sup> De huidige regeling omtrent de onderzoeks- en klachtplicht van de koper in § 377 HGB is rechtstreeks uit het ADHGB van 1861 overgenomen.<sup>57</sup> Bij de totstandkoming van het HGB is niet opnieuw ter discussie gebracht *waarom* er een onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper moest worden opgenomen in het wetboek. Evenmin is er tijdens de beraadslagingen bekeken of de ten tijde van de totstandkoming en opname van Art. 347 ADHGB geformuleerde doelstellingen in het kader van het nieuwe § 377 HGB nog relevant waren. Men zou dus kunnen aannemen dat de ten tijde van de totstandkoming van Art. 347 ADHGB geformuleerde doelstellingen van de klachtplicht kennelijk als vanzelfsprekend zijn beschouwd. Het is om die reden dat in de volgende par. 2 allereerst de visie van de wetgever omtrent het doel van de klachtplicht van Art. 347 ADHGB wordt beschreven, waarna de parlementaire behandeling van de overeenkomstige huidige regeling van § 377 HGB in par. 3 aan bod komt. In de daaropvolgende par. 4 komt de vraag aan de orde hoe er in de rechtspraak

---

<sup>54</sup> Zie voor de structuur van het Duitse (handels)kooprecht en de plaats van de klachtplicht daarin hierna H. 3 par. 3.2.

<sup>55</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 288; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 1 bij *Vorbemerkung vor § 377*.

<sup>56</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 90.

<sup>57</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 1994, p. 17. W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 2 bij *Vorbemerkung vor § 377*.

geoordeeld wordt over het doel van de klachtplichtbepaling. Par. 5 behandelt de visie van de literatuur. Omdat de opname van de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper bij de totstandkoming van het HBG niet meer ter discussie is gesteld, wordt in par. 6 de door de ADHGB-wetgever naar voren gebrachte argumentatie geëvalueerd en bekeken of deze nog relevant is in het huidige recht. Par. 7 ten slotte, behandelt de materiële gebieden waarop de onderzoeks- en klachtplicht niet van toepassing is. Het hoofdstuk sluit met een conclusie (par. 8).

## 2.2 Het doel van de klachtplicht van Art. 347 ADHGB: de wetgever

De tekst van § 377 HGB is ontleend aan Art. 347 ADHGB, waarin alleen in het geval van een *Versendungskauf* – het geval waarbij de verkoper voor verzending zorgdraagt<sup>58</sup> – een verplichting tot het onverwijld (laten)

---

<sup>58</sup> Van een *Versendungskauf* wordt gesproken in het geval dat de verkoper voor verzending van de verkochte zaken aan de koper zorgdraagt. In de regel wordt voor het transport van een derde (vervoerder) gebruik gemaakt. Bij een *Versendungskauf* tussen twee professionele partijen (en tevens tussen twee particulieren) wordt de verantwoordelijkheid van de verkoper voor het transport tot zover beperkt, dat hij zorg moet dragen voor de aflevering van conforme zaken aan de vervoerder. Zie hieromtrent § 447 BGB (Gefährübergang beim Versendungskauf), Abs. 1: *Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.* Bij een consumentenkoop daarentegen, draagt de verkoper volgens § 474 BGB onder uitsluiting van § 447 BGB het gezamenlijke transportrisico. De beperking tot de *Versendungskauf* is door de wetgever in zijn *Motiven* niet beargumenteerd. Zij laat zich wellicht verklaren door het feit dat een koper bij een niet-*Versendungskauf* de mogelijkheid heeft om de zaken voor de inontvangstname te onderzoeken en zondig gebrekkige zaken af te wijzen. Zie C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang, 1985, p. 56 en *Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven* (1857), Zweiter Theil S. 141 f. Reitz verklaart de beperking tot de *Versendungskauf* als volgt. Met de opkomst van de (internationale) handel die buiten de marktplaats plaatsvond, was er behoefte aan regels met betrekking tot eventuele gebreken in de verkochte waar, aangezien er slechts regels waren met betrekking tot de verkoop op de markt (waar de koper direct kon inspecteren). De onderzoeks- en klachtplicht bij de koop op afstand werd derhalve ontwikkeld door analoge toepassing van de *acceptance rule* voor niet-verborgen gebreken bij marktverkoop: zodra de koper de verkochte zaken zonder inspectie accepteerde, ging men er vanuit dat hij de zaken inclusief de zichtbare gebreken accepteerde en verloor hij ieder recht op grond van een eventuele tekortkoming. Bij de

onderzoeken en een klachtverplichting aan de zijde van de koper was opgenomen.<sup>59</sup> Deze onderzoeks- en klachtverplichting gold in het geval dat (ten minste) een van beide partijen in de hoedanigheid van *Kaufmann* handelde.<sup>60</sup> Het artikel luidde als volgt:

**Art. 347 ADHBG**

- (1) *Ist die Waare von einem anderen Orte übersendet, so hat der Käufer ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich ist, die Waaren zu untersuchen, und wenn sich dieselbe nicht als vertragsmäßig oder gesetzmäßig ergibt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen.*
- (2) *Versäumt er dies, so gilt die Waare als genehmigt, soweit er sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigen Geschäftsgange nicht erkennbar waren.*
- (3) *Ergeben sich später solche Mängel, so muß die Anzeige ohne Verzug nach der Entdeckung gemacht werden, widrigenfalls die Waare auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.*

---

koop op afstand kon de koper uiteraard niet inspecteren bij contractssluiting, vandaar dat hij dat zo spoedig mogelijk na aflevering moest doen. J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part II – From Roman Law to the Modern Civil and Common Law', *The American Journal of Comparative Law* 1989, Vol. 37/2, p. 258-262.

<sup>59</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 1994, p. 17. Zie voor een beschrijving van de ontstaansgeschiedenis van de klachtplicht p. 17-100. Zie ook C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 51. Voor een beschrijving van de geschiedenis van de klachtplicht voor de koper vanaf het Romeinse recht tot het moderne Duitse handelsrecht zie J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part II – From Roman Law to the Modern Civil and Common Law', *The American Journal of Comparative Law* 1989, Vol. 37/2, p. 247-272. Zie ook B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 3; C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 56 e.v. Recknagel geeft in deel 3 van zijn boek vanaf p. 40 een uitgebreide beschrijving van het ontstaan van de onderzoeks- en klachtplicht in het Duitse recht.

<sup>60</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Vahlen 2020, Rn. 3 bij *Vorbemerkung vor § 377*.

(4) *Die vorstehende Bestimmung findet auch auf den Verkauf auf Besicht oder Probe oder nach Probe Anwendung, insoweit es sich um Mängel der übersendeten Waare handelt, welche bei ordnungsmäßigem Besicht oder ordnungsmäßiger Prüfung nicht erkennbar waren.*

Bij de vaststelling van het ADHGB is uitgebreid gediscussieerd over de opname en het doel van de klachtplicht. Door sommigen werd getwijfeld aan de gerechtvaardigheid van de onderzoeksverplichting, aangezien de koper in het licht van de goede trouw in het handelsverkeer uit mag gaan van de conforme levering door zijn verkoper. Voorgesteld werd daarom de koper slechts te belasten met een klachtplicht op het moment dat er toch gebreken aan het licht zouden komen.<sup>61</sup> Ter ondersteuning van het voorschrift over de onderzoeks- en klachtplicht werd echter veelvuldig aangevoerd dat het om een reeds bestaand handelsgebruik ging.<sup>62</sup> De verkoper dient zekerheid hebben over de vraag of de koper de verkochte zaken wil behouden of niet. Dit is noodzakelijk, aldus de wetgever, ten eerste omdat de verkoper tijdig weer over de zaken moet kunnen beschikken en ten tweede, omdat het de verkoper na verloop van tijd bemoeilijkt wordt bewijs te leveren dat hij wel conform heeft gepresteerd. De opstellers van het ADHGB voerden ook aan dat positie van de tussenhandelaren moest worden gewaarborgd, aangezien een normale distributie van zaken door tussenverkopers niet mogelijk zou zijn zonder tijdige notificatie van eventuele gebreken, omdat zij dan niet in staat zouden zijn hun leveranciers aan te spreken.<sup>63</sup> Ook werd aangevoerd dat

---

<sup>61</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 281 onder verwijzing naar: Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 643.

<sup>62</sup> Tijdens het opstellen van het ADHGB werd meermaals gesteld dat de plicht van de koper om te onderzoeken zó algemeen aanvaard was in het handelsverkeer, “*daß es unmöglich sein werde, von derselben im Handelsgesetzbuch abzusehen.*”, zie C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 57, onder verwijzing naar: Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 644. Zie tevens P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 281.

<sup>63</sup> Volgens Raisch is dit argument doorslaggevend geweest, zie P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 282. Dit argument laat mijns inziens ook

de koper, wanneer hij gedurende de gehele tijd voorafgaand aan de verjaring de mogelijkheid zou hebben om over gebreken te klagen, hij bij het stijgen van de prijzen een voordeel zou behalen, terwijl hij bij het dalen van de prijzen zich op een gebrek zou beroepen en zo onder het contract uit zou kunnen komen.<sup>64</sup> Uiteindelijk werden door de ADHGB-wetgever de volgende zes aspecten genoemd ter rechtvaardiging van de opname van een onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper:<sup>65</sup>

1. het voorkomen van gevaar voor de positie van tussenhandelaren,
2. het voorkomen van lastige procedures,
3. het voorkomen dat de koper in staat zou zijn om te speculeren op kosten van de verkoper,
4. het bewijsbelang van de verkoper,
5. het belang van de verkoper bij een snelle afwikkeling van geschillen,
6. en in het algemeen het belang van het handelsverkeer bij een snelle afwikkeling van geschillen.

Hierbij werd er door de wetgever op gewezen dat de koper door de opname van een onderzoeks- en klachtverplichting niet al te hard getroffen zou worden, aangezien een goede zakenman de aangeboden zaken toch wel zou onderzoeken en in het geval van gebreken toch wel zou klagen bij zijn

---

duidelijk zien dat de onderzoeks- en klachtplicht vooral een rol speelt bij de verkoop van genuszaken en die zijn veelvuldig aan te merken als handelskoop. Reitz merkt overigens m.i. terecht op dat dit argument geen rekening houdt met de – toen geldende – verjaringstermijn van 6 maanden, die een groot gedeelte van dat risico sowieso op de tussenhandelaar legt, ongeacht of er een klachtplicht bestaat: J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part II – From Roman Law to the Modern Civil and Common Law', *The American Journal of Comparative Law* 1989, Vol. 37/2, p. 266.

<sup>64</sup> C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 51 onder verwijzing naar Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven (1857), Zweiter Theil S. 141 zum Art. 264.

<sup>65</sup> Vgl. Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven (1857), Zweiter Theil S. 141 zum Art. 264. En: Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 644 e.v. Zie hieromtrent P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 90.

verkoper.<sup>66</sup> De wetgever was bovendien van mening dat het bestaan van een klachtplicht de koper niet zo hard zou treffen, aangezien een gedegen verkoper – zelfs al zou een gebrek door de koper niet tijdig zijn ontdekt –, regelmatig (juridisch onverplicht) toch bereid zou zijn om een verlies op zich te nemen, om zo beschadiging van zijn reputatie te voorkomen.<sup>67</sup> Uiteindelijk zou volgens de wetgever doordat de koper een onderzoeksverplichting kreeg, de verkoper bewogen worden alleen maar conforme zaken af te leveren.<sup>68</sup> Bij het vaststellen van de doelstellingen van de klachtplichtregeling in het AGHGB gingen de opstellers voornamelijk uit van de gedachte dat de uiteindelijke koper de gebrekkige zaken zou afwijzen.<sup>69</sup> Dit afwijzen door de koper werd voornamelijk bij een *Versendungskauf* (waar de regeling in het ADHGB toe beperkt werd) als zeer nadelig voor de verkoper beschouwd (hij ziet zich geconfronteerd met afgewezen zaken die reeds zijn verzonden naar een andere bestemming dan zijn eigen bedrijfsruimten).<sup>70</sup> De opname van een onderzoeks- en klachtverplichting aan de zijde van de koper moest bewerkstellingen dat de verkoper in de gelegenheid kon worden gesteld om (snel) bewijs veilig te stellen waarmee hij kon aantonen dat de zaken wel conform waren, zodat de koper de zaken (alsnog) diende aan te nemen tegen de afgesproken prijs. Voor het geval dat dit niet mogelijk was, diende de verkoper een andere bestemming voor de zaken te kunnen bewerkstelligen. Daarmee zou een regeling van de onderzoeks- en klachtplicht volgens de wetgever ook nuttig voor de koper zijn.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven (1857), Zweiter Theil S. 141 zum Art. 264. En: Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 645, 648. Zie C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 51.

<sup>67</sup> Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 644 e.v.

<sup>68</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 80.

<sup>69</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 99.

<sup>70</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 80 en 99 onder verwijzing naar Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 645.

<sup>71</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 80, onder



## 2.3 De overeenkomstige bepaling van § 377 HGB: de parlementaire behandeling

Mogelijk vanwege het feit dat § 377 HGB aansloot op de reeds bestaande bepaling van Art. 347 ADHGB, heeft de wetgever zich bij de opname van de huidige bepaling in het HGB niet (nogmaals) uitgelaten over de destijds geformuleerde doelen van de onderzoeks- en klachtplicht.<sup>72</sup> De vraag óf een onderzoeks- en klachtverplichting eigenlijk wel in het HGB moest worden opgenomen, werd niet gesteld. De parlementaire stukken laten slechts discussies zien omtrent de inhoud en de reikwijdte van de regeling. De regeling van met betrekking tot de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper luidt, ook nu nog, als volgt:

### **§ 377 – Untersuchungs- und Rügepflicht**

- (1) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.*
- (2) Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.*
- (3) Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.*
- (4) Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.*
- (5) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.*

Ten opzichte van de oude regeling uit het ADHGB kent de regeling in het HGB twee grote verschillen, gelegen in een uitbreiding van het toepassingsbereik aan de ene kant en een beperking daarvan aan de andere

---

verwijzing naar Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 645 e.v.

<sup>72</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 90.

kant. De uitbreiding wordt gevonden in het feit dat § 377 HGB in tegenstelling tot Art. 347 ADGHB niet meer beperkt is tot de *Versendungskauf*, maar van toepassing is op alle soorten handelskoop, inclusief de zogenaamde *Platzgeschäfte*, waarvan sprake is wanneer verkoper en koper in dezelfde plaats gevestigd zijn.<sup>73</sup> De wetgever heeft bij het vaststellen van het HGB deze uitbreiding gerechtvaardigd door te stellen dat de in de uitoefening van zijn bedrijf handelende verkoper bij een *Platzgeschäft* hetzelfde belang heeft om snel te weten of een overeenkomst correct is verlopen als bij een *Versendungskauf*.<sup>74</sup> De verkoper dient tijdig te weten of hij met klachten kan worden geconfronteerd of dat hij ervan uit mag gaan dat de transactie probleemloos is verlopen. Tegelijkertijd beschermt de regeling de verkoper tegen bewijsmoeilijkheden. Verder maakt de regel van § 377 HGB het de verkoper gemakkelijker om zijn leveranciers tijdig aan te spreken. Hiermee brengt de wetgever duidelijk tot uitdrukking, dat het om de bescherming van de *professionele* verkoper draait.<sup>75</sup>

De beperking bestaat daarin dat § 377 HGB in tegenstelling tot zijn voorganger beperkt is tot de *beidseitiger Handelskauf*.<sup>76</sup> Dit betekent dat zowel de verkoper als de koper moeten handelen in de uitoefening van hun

---

<sup>73</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 289; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 2 bij *Vorbemerkung vor § 377*.

<sup>74</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 289; H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 97 onder verwijzing naar: Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897, S. 223, opgenomen in: Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd II/2B: Denkschriften, Beratungen, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 1135f; B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 3; M. Lehmann, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers in BGB und HGB', *WM* 1980/41, p. 1163.

<sup>75</sup> B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 3 onder verwijzing naar: Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897, S. 223, opgenomen in: Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd II/2B: Denkschriften, Beratungen, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 1135f.

<sup>76</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 2 bij *Vorbemerkung vor § 377*.

bedrijf.<sup>77</sup> De wetgever heeft ter rechtvaardiging van deze beperking het volgende aangevoerd – daarbij verwijzend naar het BGB, waarin geen onderzoeks- en klachtplicht voor de koper is opgenomen –:

*“Denn wenn dieses (het BGB, ST) den Käufer, weil er häufig nicht die nötige Sachkunde und Erfahrung hat, zur sofortigen Untersuchung der Ware nicht verpflichtet, so darf auch im Handelsgesetzbuche nicht einem Käufer, der nicht Kaufmann ist, eine solche Verpflichtung bloß deshalb auferlegt werden, weil er von einem Kaufmann gekauft hat; hierdurch würde das kaufmännische Interesse in zu einseitiger Weise berücksichtigt.”<sup>78</sup>*

Met andere woorden: de wetgever was van mening dat het de niet-professionele koper vaak aan de benodigde kennis van zaken en ervaring ontbreekt. Indien de niet-professionele koper met een onderzoeks- en klachtplicht zou worden belast, zou te eenzijdig rekening worden gehouden met het belang van de verkoper.<sup>79</sup> Dit betekent dat de *deskundigheid van de koper* van doorslaggevende betekenis is geweest voor de beperking van de klachtplicht tot handelskoopovereenkomsten waarbij beide partijen bedrijfsmatig handelen. Dit brengt mee, dat het vereiste van deskundigheid aan de zijde van de koper de bescherming van de belangen van de verkoper inperkt: is de koper geen *Kaufmann*, dan geniet de professionele verkoper

---

<sup>77</sup> Dit geldt niet voor alle bepalingen in het HGB inzake de handelskoop, zie hierna H. 3 par. 3.2.

<sup>78</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 289, onder verwijzing naar Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897, S. 224, opgenomen in: Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd II/2B: Denkschriften, Beratungen, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 1135f.

<sup>79</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 3 bij *Vorbemerkung vor § 377* onder verwijzing naar *Hahn/Mugdan* (Hrsg.), *Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, 6. Bd.: Materialien zum Handelsgesetzbuch (1897), S. 189, 376. Zie ook B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 3 onder verwijzing naar Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897, S. 223, opgenomen in: Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd II/2B: Denkschriften, Beratungen, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 1135f.

niet de (vergaande) bescherming van § 377 HGB. Later werd hieraan door de wetgever toegevoegd dat het argument dat een handelaar die rechtstreeks aan een consument verkoopt, onmiddellijk op de hoogte moet zijn van enig gebrek om zo regres te hebben op zijn verkoper, niet steekhoudend is. Zo'n handelaar verkoopt namelijk vaak zaken uit voorraad, zodat hij bij een gegronde klacht van zijn koper al geen beroep meer kan doen op non-conformiteit jegens zijn verkoper omdat de betreffende klachttermijn dan al verstreken is.<sup>80</sup> Ook werd aangevoerd een onderzoeks- en klachtplicht voor niet-professionele kopers moeilijk toepasbaar zou zijn in geval van verborgen gebreken en dat het bewijsnadeel aan de kant van de verkoper wel mee zou vallen in het licht van de korte verjaringstermijn.<sup>81</sup>

Afgezien van de veranderingen ten opzichte van de regeling uit het ADHGB, is bij de totstandkoming van het HGB niet ter discussie gesteld óf de onderzoeks- en klachtplicht überhaupt wenselijk waren voor de professionele koper in een handelskoop. Aangenomen werd dat dat nu eenmaal noodzakelijk was in handelstransacties.<sup>82</sup>

## 2.4 Het doel van de klachtplicht van § 377 HGB: de rechtspraak

In deze paragraaf wordt uiteengezet hoe de Duitse rechter de doelstellingen van de klachtplicht ziet. Opvallend is dat er (zeer) weinig recente jurisprudentie gevonden kan worden die de betekenis en de toepassing van § 377 HGB betreft. Een reden hiervoor kan zijn dat het huidige voorschrift reeds in ongeveer dezelfde vorm in Art. 347 van het ADHGB was

---

<sup>80</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 3 onder verwijzing naar *Hahn/Mugdan* (Hrsg.), *Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, 6. Bd.: *Materialien zum Handelsgesetzbuch* (1897), S. 189, 376.

<sup>81</sup> J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part II – From Roman Law to the Modern Civil and Common Law', *The American Journal of Comparative Law* 1989, Vol. 37/2, p. 269. Reitz merkt m.i. terecht op dat deze laatstgenoemde twee bezwaren ook gelden in geval van de handelskoop, maar daar is in de discussies geen aandacht aan besteed.

<sup>82</sup> C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, New York: Peter Lang 1985, p. 71; J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part II – From Roman Law to the Modern Civil and Common Law', *The American Journal of Comparative Law* 1989, Vol. 37/2, p. 269.

opgenomen, waardoor vele problemen al aan de orde zijn gekomen en met name het *Bundesgerichtshof* (hierna: BGH) niets wezenlijks meer hoefde toe te voegen aan de bestaande jurisprudentie.<sup>83</sup> In de jurisprudentie van het BGH kunnen twee doelen van de onderzoeks- en klachtverplichting van de koper worden onderscheiden, te weten de bescherming van het algemeen belang van het handelsverkeer en de bescherming van de belangen van de verkoper.

#### **2.4.1 De bescherming van het algemeen belang van het handelsverkeer**

Volgens het Bundesgerichtshof dient de klachtplicht van § 377 HGB in ieder geval het *algemeen belang van het handelsverkeer* bij een snelle en definitieve afhandeling van geschillen. In de meeste uitspraken omtrent de doelstellingen van § 377 HGB formuleert het BGH dit als volgt:

*“...dient die den Käufer treffende Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge nicht nur dem allgemeinen Interesse des Handelsverkehrs an einer raschen und entgeltigen Abwicklung von Rechtsgeschäften, ...”<sup>84</sup>*

Ook heeft het BGH het algemeen belang van het handelsverkeer wel verwoord als ‘de rechtsvrede in het kooprecht’:

---

<sup>83</sup> Zie D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 1.

<sup>84</sup> BGH Urteil vom 30-05-1984, BGHZ 91, 293, NJW 1984, 1964 (Voller Kaufpreis bei Verlust des Rückerechts wegen Minderlieferung); BGH Urteil vom 13-05-1987, BGHZ 101, 49, NJW 1987, 2235 (Beweislast des Käufers für Zugang der empfangsbedürftigen Mängelanzeige); BGH Urteil vom 28-04-1976, BGHZ 66, 208ff / NJW 1976, 1353 (Positive Forderungsverletzung des Verkäufers und rügelose Annahme der gelieferten fehlerhaften Ware) (Batteriefall); BGH Urteil vom 24-01-1990, BGHZ 110, 130 / NJW 1990, 1290 (Rügeobliegenheit bei Handelskauf und Leasingvertrag); BGH Urteil vom 27-03-1985, NJW 1985, 2417 (Unverzügliche Rügepflicht auch bei Sachdarlehen unter Kaufleuten) (Braziliaans geconcentreerd sinaasappelsap); BGH Urteil vom 16-03-1977, NJW 1977, 1150 (Mängelrüge erst nach Beginn der Serienproduktion) (verborgen gebrek bij kralenmachine).

*Denn der Zweck des § 377 HGB erschöpfe sich nicht - ... - in der baldigen Wiederherstellung des Rechtsfriedens im Kaufrecht...*<sup>85</sup>

In de *Batterie*-zaak overwoog het BGH dat de koper, zelfs in het geval van grove nalatigheid aan de zijde van de verkoper, het nadeel van de verzaking van zijn onderzoeks- en klachtplicht moest dragen, omdat het belang van een soepel verlopend handelsverkeer dat vereist.<sup>86</sup>

#### **2.4.2 De bescherming van de belangen van de verkoper**

Zoals hierboven weergegeven geeft het BGH aan dat de onderzoeks- en klachtplicht van de koper het algemeen belang van het handelsverkeer bij een snelle en definitieve afhandeling van geschillen dient. Het tweede doel van de regeling van § 377 HGB is volgens het BGH gelegen in de *bescherming van de verkoper*. Uit de rechtspraak van het BGH kan worden opgemaakt dat de regeling volgens het BGH bedoeld is om te komen tot een rechtvaardige risicoverdeling tussen koper en verkoper. Dit komt tot uiting in formuleringen als:

*“... sondern zugleich einer sachgerechten Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer.”*<sup>87</sup> Of: *“... sondern diene auch dem Ziel einer interessengemäßen Risikoverteilung im Handelsverkehr.”*<sup>88</sup>

Deze risicoverdeling tussen de belangen van de koper en de verkoper wordt door het BGH als volgt beschreven. De koper heeft belang bij een goede

---

<sup>85</sup> BGH Urteil vom 16-09-1987, BGHZ 101, 337, 345, NJW 1988, 52 (Deliktischer Anspruch des Käufers einer mangelhaften Sache trotz Rügeversäumnis) / (Weinflaschenkorken).

<sup>86</sup> BGH Urteil vom 28-04-1976, BGHZ 66, 208ff / NJW 1976, 1353 (Positive Forderungsverletzung des Verkäufers und rügelose Annahme der gelieferten fehlerhaften Ware) (Batteriefall).

<sup>87</sup> BGH Urteil vom 30-05-1984, BGHZ 91, 293, NJW 1984, 1964 (Voller Kaufpreis bei Verlust des Rügerechts wegen Minderlieferung); BGH Urteil vom 28-04-1976, BGHZ 66, 208ff / NJW 1976, 1353 (Positive Forderungsverletzung des Verkäufers und rügelose Annahme der gelieferten fehlerhaften Ware) (Batteriefall);

<sup>88</sup> BGH Urteil vom 28-04-1976, BGHZ 66, 208ff / NJW 1976, 1353 (Positive Forderungsverletzung des Verkäufers und rügelose Annahme der gelieferten fehlerhaften Ware) (Batteriefall).

nakoming van de overeenkomst door de verkoper, de verkoper heeft er belang bij om zo snel mogelijk op de hoogte te worden gesteld van eventuele gebreken in de geleverde zaken. De verkoper dient daarom in de positie gebracht te worden waarin hij de nodige vaststellingen kan doen, tegenbewijs kan verzamelen en bewaren, en passende maatregelen kan treffen om eventuele schade van de koper af te kunnen wenden. Dit belang van de verkoper dient voorrang te krijgen boven het belang van de koper. Het BGH verwoordt dit onder andere in een zaak betreffende de verkoop van tropisch hardhout:

*“Dem Interesse des Käufers an einer ordnungsgemäßen Erfüllung steht das ebenfalls schutzwürdige Interesse des Verkäufers gegenüber, von den bei zumutbarer Prüfung zutage getretene Mängeln der von ihm gelieferten Sache möglichst rasch zu erfahren (...). Er soll dadurch in die Lage versetzt werden, entsprechende Feststellungen und notwendige Dispositionen treffen, insbesondere einen möglichen Schaden abwenden zu können, der sich aus Gewährleistungs-, Schadensersatz- oder Nachlieferungsansprüchen des Käufers ergeben könnte. Diesen Verkäuferinteressen ist nach der vom Gesetz getroffenen Wertentscheidung der Vorrang zu geben. Der Käufer muß die sich für ihn aus der Versäumung rechtzeitiger Untersuchung und Rüge ergebenden Nachteile hinnehmen, weil typischerweise die Feststellung von Mängeln mit zunehmendem Zeitablauf unvertretbar erschwert würde (...) und es für den Verkäufer nicht erträglich wäre, noch nach längerer Zeit Ansprüchen des Käufers ausgesetzt zu sein, obwohl er sich bei ausgebliebener Käuferrüge auf die Vertragsmäßigkeit seiner Leistung verlassen durfte.”<sup>89</sup>*

De verkoper dient dus beschermd te worden tegen klachten die na lange(re) tijd opkomen, waardoor hij niet meer goed in staat zou zijn om de gebreken te kunnen betwisten of te verhelpen dan wel alsnog correct na te kunnen

---

<sup>89</sup> BGH Urteil vom 30-05-1984, BHGZ 91, 293, NJW 1984, 1964 (Voller Kaufpreis bei Verlust des Rügerechts wegen Minderlieferung). Zie ook: BGH Urteil vom 28-04-1976, BGHZ 66, 208ff / NJW 1976, 1353 (Positive Forderungsverletzung des Verkäufers und rügelose Annahme der gelieferten fehlerhaften Ware) (Batteriefall).

komen.<sup>90</sup> Zie hieromtrent een zaak die handelde over de vraag wie de bewijslast draagt voor het ontvangen van de klacht:

*“Die den Käufer treffende Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge dient (...) in erster Linie den Belangen des Verkäufers, der in die Lage versetzt werden soll, entsprechende Feststellungen und notwendige Dispositionen - vor allem zur Schadensabwendung - zu treffen, und davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger, mit zunehmendem Zeitablauf nur unsicher feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen.”<sup>91</sup>*

De bescherming van de belangen van de verkoper behelst derhalve twee aspecten: ten eerste het belang dat de verkoper heeft om zijn bewijspositie veilig te kunnen stellen, en ten tweede het belang dat de verkoper heeft bij het tijdig nemen van maatregelen (herstel of vervanging) om schade af te wenden of te verminderen. Beide belangen hebben betrekking op het voorkómen dat de verkoper na lange tijd nog geconfronteerd kan worden met claims op grond van eventuele non-conformiteit. Voorbeelden van deze verschillende belangen van de verkoper kunnen gevonden worden in uitspraken van het BGH in zaken die achtereenvolgens handelden over 1) de verkoop van non-conforme kurken voor flessen wijn, 2) de combinatie van een handelskoop en een lease-overeenkomst, 3) de verkoop van een apparaat om horizontaal te kunnen boren, 4) de levering van Braziliaans geconcentreerd sinaasappelsap en 5) de verkoop van speciaal gemaakte onderdelen voor een spanwals:

*“Der Verkäufer müsse möglichst früh von fehlerhaften Lieferungen erfahren, um rechtzeitig Ersatz liefern und etwaige Folgeschäden vermeiden zu können.”<sup>92</sup>*

---

<sup>90</sup> Zie bijvoorbeeld BGH Urteil vom 6-12-2017, ECLI:DE:BGH:2017:061217UVIIIZR246.16.0, besproken in *IHR* 3/2018, p. 116-123.

<sup>91</sup> BGH Urteil vom 13-05-1987, BGHZ 101, 49, NJW 1987, 2235 (Beweislast des Käufers für Zugang der empfangsbedürftigen Mängelanzeige).

<sup>92</sup> BGH Urteil vom 16-09-1987, BGHZ 101, 337, 345, NJW 1988, 52 (Deliktischer Anspruch des Käufers einer mangelhaften Sache trotz Rügeversäumnis) / (Weinflaschenkorken).



*“Die Vorschriften über die Mängelrüge tragen in erster Linie den Belangen des Verkäufers Rechnung, der davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger dann nur schwer feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen (...).”<sup>93</sup>*

*“§ 377 HGB soll den Verkäufer in die Lage versetzen, möglichst bald den Beanstandungen durch den Käufer nachzugehen, gegebenenfalls Beweise sicherzustellen und zudem zu prüfen, ob er den als sicher oder möglicherweise berechtigt erkannten Beanstandungen nachkommen und damit einen etwaigen Rechtsstreit vermeiden will. Gleichzeitig soll er gegen ein Nachschieben anderer Beanstandungen durch den Käufer geschützt werden.”<sup>94</sup>*

*“Die Vorschriften über die Mängelrüge dienen in erster Linie den Belangen des Verkäufers, der davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger, dann nur schwer feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen (...).”<sup>95</sup>*

*“Ein schutzwürdiges Interesse des Verkäufers an einer alsbaldigen Untersuchung durch den Käufer kann dann besonders groß sein, wenn er bei bestimmungsgemäßer Weiterverarbeitung der Kaufsache zu wertvollen Objekten mit hohen Mangelfolgeschäden rechnen muss und nur der Käufer das Ausmaß der drohenden Schäden übersehen kann.”<sup>96</sup>*

Het belang van de verkoper dient volgens het BGH zelfs dan vóór het belang van de koper te gaan in het geval dat de levering van gebrekkige zaken of van andere zaken dan overeengekomen veroorzaakt is door grof nalatig of onzorgvuldig gedrag van de verkoper en de koper vervolgens heeft verzuimd om tijdig te onderzoeken en te klagen; een situatie die voorlag in de

---

<sup>93</sup> BGH Urteil vom 24-01-1990, BGHZ 110, 130 / NJW 1990, 1290 (Rügeobliegenheit bei Handelskauf und Leasingvertrag).

<sup>94</sup> BGH Urteil vom 12-12-1997, NJW-RR 1998, 680 (Keine Wandelung bei erfolgreicher Nachbesserung und Anzeige fehlgeschlagener Nachbesserung) (Horizontaalboor).

<sup>95</sup> BGH Urteil vom 27-03-1985, NJW 1985, 2417 (Unverzügliche Rügepflicht auch bei Sachdarlehen unter Kaufleuten) (Braziliaans geconcentreerd sinaasappelsap).

<sup>96</sup> BGH Urteil vom 24-02-2016, VIII ZR 38/15, NJW 2016, 2645, Rn. 21b (Spanwals).

eerdergenoemde *Batterie-zaak*.<sup>97</sup> Het BGH overweegt dat de koper in het bijzonder hard kan worden getroffen door het gevolg van het verzaken van de klachtplicht wanneer de non-conformiteit is te wijten aan het grof nalatige of onzorgvuldige gedrag van de verkoper, maar toch dient de koper in het licht van het belang van het handelsverkeer in het algemeen, dit nadeel met betrekking tot de (wettelijke) garantie (*Gewährleistung*) te dragen, omdat gebreken nu eenmaal na verloop van tijd moeilijker vast te stellen zijn.

## 2.5 Het doel van de klachtplicht van § 377 HGB: de literatuur

Ook bij de bestudering van de literatuur op het gebied van de vraag naar de doelstelling van § 377 HGB komt naar voren dat er onderscheiden wordt in bescherming van enerzijds het belang van het handelsverkeer en anderzijds de belangen van de individuele verkoper.

### 2.5.1 De bescherming van het algemeen belang van het handelsverkeer

Met betrekking tot het belang van het handelsverkeer wordt vaak gezegd dat er bij commerciële handelstransacties grote waarde wordt gehecht aan de snelheid van afhandeling van transacties en aan snelle duidelijkheid omtrent de vraag of een levering in goede orde is verlopen.<sup>98</sup> De onderzoeks- en klachtverplichting van de koper ex § 377 HGB dient ter bescherming van dit belang van het handelsverkeer en draagt derhalve bij aan het streven naar een vlot en probleemloos verlopend handelsverkeer.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> BGH Urteil vom 28-04-1976, BGHZ 66, 208ff / NJW 1976, 1353 (Positive Forderungsverletzung des Verkäufers und rügelose Annahme der gelieferten fehlerhaften Ware) (Batteriefall).

<sup>98</sup> D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 3; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 1, 32; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42. Zie tevens J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part II – From Roman Law to the Modern Civil and Common Law', *The American Journal of Comparative Law* 1989, Vol. 37/2, p. 271-272.

<sup>99</sup> W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 1, 32; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck

## 2.5.2 De bescherming van de belangen van de verkoper

De ‘need for speed’ in het commerciële handelsverkeer volgt ook uit de belangen van de individuele verkoper, immers: ook hij heeft er belang bij snel en op een juiste manier geïnformeerd te worden over eventuele gebreken in het verkochte.<sup>100</sup> De onderzoeksverplichting van de koper zorgt ervoor dat de koper niet mag afwachten totdat gebreken zich voordoen, maar dat hij actief onderzoek naar de conformiteit van de afgeleverde zaken moet instellen. Gebreken die tijdens dit onderzoek opkomen en waarvan hij bij de verkoper op tijd melding maakt, kunnen tijdig worden verholpen. Verzaakt de koper zulk onderzoek in te stellen of verzaakt de koper over een opgekomen gebrek (tijdig) te klagen, dan is de oplossing ook snel gegeven: in dat geval hoeft de verkoper niets meer te doen.<sup>101</sup> Bij de bepaling van § 377 HGB gaat het derhalve om een risicoverdeling tussen de verkoper en de koper.<sup>102</sup>

---

2006, § 29 Rn. 42; M. Schaeffer, *Der Handelskauf nach der Schuldrechtsreform*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2007, p. 104. Lehmann wijst nog op een ander ‘algemeen’ belang. Volgens hem is het zo dat het bestaan van een klachtplicht aan de zijde van de koper het belang van alle eindgebruikers ten goede komt, wanneer men in ogenschouw neemt dat een verkoper die tijdig op de hoogte wordt gesteld van een gebrek in het geleverde, de rest van zijn voorraad op het bestaan van dit gebrek kan controleren en tevens reeds verkochte zaken met dit gebrek weer uit de handel kan halen. Op die manier beschermt een klacht van een individuele koper het belang van alle eindgebruikers. Zie M. Lehmann, ‘Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers in BGB und HGB’, *WM* 1980/41, p. 1168. Reitz werpt tegen dat dit argument niet altijd het bestaan van een klachtplicht kan rechtvaardigen, aangezien het niet opgaat voor verkopers die in opdracht gemaakte zaken of anderszins unieke zaken verkopen. Bovendien noemt hij dit argument behoorlijk speculatief. Immers, het is lastig vast te stellen of verkopers door een klacht van een koper inderdaad overgaan tot bijvoorbeeld controle van hun voorraad of het terughalen van reeds in de markt gebrachte zaken. Zie J.C. Reitz, ‘A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods’, *American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 449.

<sup>100</sup> R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 10.

<sup>101</sup> Zie in dit verband BGH 16.09.1987 (Weinflaschenkorken) waarin het argument werd gebruikt dat de rechtszekerheid in gevaar komt indien de verkoper nog lange tijd na aflevering aansprakelijk kon worden gehouden voor gebreken.

<sup>102</sup> W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 1.

De klachtplicht moet de verkoper in de positie brengen waarin hij zich een snel en betrouwbaar beeld kan vormen van de (non-)conformiteit van de zaken waarover geklaagd wordt.<sup>103</sup> In de literatuur worden de belangen die de verkoper heeft bij deze onderzoeks- en klachtverplichting onderverdeeld in drie soorten:

1. het bewijsbelang van de verkoper;
2. het belang dat de verkoper heeft bij schadevermindering of -vermijding;
3. het belang dat de verkoper heeft bij de snelle afwikkeling van geschillen.

#### *2.5.2.1 Het bewijsbelang van de verkoper*

Als argument voor de klachtplicht wordt vaak gesteld dat de (bewijs)positie van de verkoper met betrekking tot vermeende gebreken door het verloop van tijd ongunstiger wordt.<sup>104</sup> Veel auteurs zijn van mening dat de korte onderzoeks- en klachttermijnen van § 377 HGB de verkoper beschermen tegen bewijsmoeilijkheden met betrekking tot na verloop van tijd moeilijk – of onder omstandigheden niet meer<sup>105</sup> – vast te stellen gebreken,<sup>106</sup> omdat hij in de positie wordt gebracht om snel de nodige maatregelen te kunnen treffen om zijn bewijspositie veilig te stellen.<sup>107</sup> De verkoper kan bijvoorbeeld de geleverde zaken zelf (laten) onderzoeken en eventueel bewijsmateriaal voor

---

<sup>103</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 140.

<sup>104</sup> C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 134.

<sup>105</sup> D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 3.

<sup>106</sup> K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 1; R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2.

<sup>107</sup> W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 32. P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 1994, p. 170; R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2.

een naderende discussie omtrent de conformiteit van de levering veilig stellen.<sup>108</sup>

Volgens Canaris is dit op zich niet onjuist, maar dient wel ingezien te worden dat in eerste instantie niet de verkoper, maar de koper wordt getroffen door de bewijslast voor gebreken (zie § 363 BGB<sup>109</sup>),<sup>110</sup> en daarom zal een eventueel tijdsverloop laatstgenoemde eerder treffen.

### 2.5.2.2 *Het belang dat de verkoper heeft bij schadevermindering of -vermijding*

Met betrekking tot de ratio van de klachtplicht zoals die is opgenomen in § 377 HGB wordt ook gezegd dat die is gelegen in de bescherming van de verkoper in het kader van schadevermindering en/of -vermijding.<sup>111</sup> Een tijdige klacht van de koper kan leiden tot schadevermindering en/of -vermijding doordat de verkoper snel alsnog correct kan nakomen.<sup>112</sup> Zo kan de actie van de verkoper bestaan in het verhelpen van het gebrek,<sup>113</sup> waardoor

---

<sup>108</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 140; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 42; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

<sup>109</sup> § 363 BGB luidt: „*Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.*”

<sup>110</sup> C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

<sup>111</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 171; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 32; R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2.

<sup>112</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 100; A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 25; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 140; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 42; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

<sup>113</sup> C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

ook (verdere) schade kan worden voorkomen. Men denkt hier voornamelijk aan de gevolgschade,<sup>114</sup> omdat dat vaak de grootste schadepost betreft.<sup>115</sup>

De verkoper dient naar aanleiding van de klacht in staat te worden gesteld de nodige stappen te kunnen nemen om zijn belangen te handhaven, zoals het onderzoeken van de zaken om zo bijvoorbeeld voor een alsnog correcte vervanging te kunnen zorgen.<sup>116</sup> Volgens Achilles bestaat een vergelijkbare situatie bij de aanneming van werk, waar de opdrachtgever een gebrek zo precies mogelijk dient te beschrijven, zodat de opdrachtnemer zonder twijfel kan bezien waarover er precies wordt geklaagd en dat er van hem met betrekking tot die klacht een oplossing in de zin van herstel verlangd wordt. De toereikende beschrijving van het gebrek is noodzakelijk aangezien de opdrachtnemer daardoor de aard en de omvang van het van hem verlangde herstel kan overzien en zich er bijgevolg van kan ontdoen.<sup>117</sup>

### 2.5.2.3 *Het belang dat de verkoper heeft bij de snelle afwikkeling van geschillen*

De korte termijnen van de onderzoeks- en klachtplicht van § 377 HGB zorgen voor voorspelbaarheid in geval van geschillen. In het commerciële handelsverkeer wordt grote waarde gehecht aan het feit dat men zijn juridische positie van tevoren kan inschatten, zonder dat een gang naar de rechter noodzakelijk is.<sup>118</sup>

Volgens Canaris heeft een professionele verkoper een grotere behoefte aan zekerheid met betrekking tot eventuele procedures en het inschatten van zijn rechtspositie daarin, dan een niet-professionele verkoper.<sup>119</sup> In het licht van de veelvoud aan contracten die hij sluit, is het hem er in bijzondere mate aan gelegen dat de contracten die hij naar zijn mening op correcte wijze is nagekomen, zo snel mogelijk definitief afgesloten kunnen worden, omdat hij

---

<sup>114</sup> B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 3

<sup>115</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 171.

<sup>116</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 140.

<sup>117</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 140.

<sup>118</sup> C. Jeloscsek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 135.

<sup>119</sup> C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

anders uit voorzorg bijvoorbeeld extra (financiële) reserves moet opbouwen, voor langere tijd zijn documentatie moet bewaren, onproductieve geschillen moet voeren, enzovoorts. Dat geldt in het bijzonder voor de verkoop van massaproducten, waarbij het in meer of mindere mate optreden van gebreken bijna onvermijdelijk is.<sup>120</sup>

Door het bestaan van de onderzoeks- en klachtplicht en de verplichting om de aard en de omvang van de gebreken precies te beschrijven wordt tevens verhinderd, dat de koper gebreken waarover hij niet (tijdig) heeft geklaagd, ‘doordruwt’ doordat hij deze ten grondslag legt aan een non-conformiteitsclaim waarover hij wel volgens § 377 HGB heeft geklaagd.<sup>121</sup>

## **2.6 De gezichtspunten van de opstellers van het ADHGB nader beschouwd**

Bij de totstandkoming van de voorloper van § 377 HGB, Art. 347 ADHGB, heeft de toenmalige wetgever, zoals gezegd, zes argumenten genoemd ter rechtvaardiging van de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper in het Duitse handelskoopect.<sup>122</sup> De opstellers van het HGB hebben zich niet uitgelaten over de vraag of deze destijds vastgestelde gezichtspunten ook op de nieuwe regeling van § 377 HGB van toepassing moesten blijven. Daarom rijst de vraag of deze argumenten nog gelding hebben in het kader van de huidige regeling van de onderzoeks- en klachtverplichting van de koper bij een handelskoop, of dat (een deel van) deze argumenten achterhaald is. Ter beantwoording van deze vraag worden deze zes gezichtspunten hieronder achtereenvolgens behandeld.

### **2.6.1 Voorkomen van gevaar voor de positie van tussenhandelaren**

De gedachte van de wetgever bij het opstellen van het ADHGB was dat een onderzoeks- en klachtverplichting aan de zijde van de koper de positie van tussenhandelaren veilig(er) zou stellen, in die zin dat zij spoedig op de hoogte

---

<sup>120</sup> C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

<sup>121</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 140.

<sup>122</sup> Zie hiervóór par. 2.2.

zouden moeten worden gesteld van enige non-conformiteit van het verkochte om zo hun leveranciers tijdig te kunnen aanspreken.<sup>123</sup> De ADHGB-wetgever doelde met dit gezichtspunt op tussenleveranciers die in een keten van kopers en verkopers niet alleen als verkoper, maar ook als *koper* optreden en *in die laatste hoedanigheid* bescherming verdienen. Immers, als *koper* hebben zij er belang bij dat zij door hun koper tijdig op de hoogte worden gesteld van een gebrek in het verkochte, omdat zij daardoor de aansprakelijkheid voor gebreken tijdig kunnen ‘wegschuiven’ naar hun verkoper.

Of deze zekerheid voor de tussenhandelaar de klachtplichtbepaling rechtvaardigt, wordt betwijfeld: er bestaan bedenkingen bij het gestelde dat de positie van de tussenhandelaar *verbeterd* wordt door het bestaan van een onderzoeks- en klachtverplichting.<sup>124</sup> De tussenhandelaar kan weliswaar aan zijn koper een zeer korte onderzoeks- en klachttermijn tegenwerpen, maar hij heeft ook zelf deze onderzoeks- en klachtverplichting, met de bijbehorende korte termijn, tegenover zijn verkoper. Wanneer zijn koper de verkochte waar onmiddellijk heeft onderzocht en daarover tijdig heeft geklaagd, dan heeft de tussenhandelaar slechts regres op zijn verkoper indien hij *zelf* tijdig heeft geklaagd. Gezien de zeer korte tijd waarbinnen een klacht moet zijn geuit, namelijk ‘*unverzüglich*’ (onmiddellijk) na het ontdekken van het gebrek, is het zeer de vraag of de positie van de tussenhandelaar met betrekking tot zijn regresmogelijkheden daadwerkelijk verbeterd wordt door een klachtverplichting aan de zijde van zijn koper: ook wanneer de koper wel tijdig klaagt, zal de tussenhandelaar zelf veelal te laat zal zijn met zijn klacht bij zijn eigen leverancier. Dit is uiteraard anders wanneer het gaat om

---

<sup>123</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 282, die stelt dat tijdens de debatten omtrent de opname van de onderzoeks- en klachtplicht in Art. 347 ADHGB als doorslaggevend argument naar voren is gebracht dat zonder de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper normale distributie van goederen door tussenhandelaren niet mogelijk zou kunnen zijn omdat zij anders claims ten opzichte van hun leveranciers zouden verliezen.

<sup>124</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 91; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 6; A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 21. Volgens Mock kan de bescherming van de positie van tussenhandelaren daarom beter niet als doel op zich, maar als een uitwerking van een ander doel van de klachtplicht worden gezien: het gaat hier om de versnelling en de vereenvoudiging van het handelsverkeer in het algemeen, zie p. 22.



verborgen gebreken, dat wil zeggen een gebrek dat bij onderzoek door de tussenleverancier niet ontdekte had hoeven of kunnen worden. Maar in dat geval treft het argument dat een korte klachttermijn aan de zijde van de koper nodig is ter verbetering van de positie van de tussenleverancier, geen doel. Immers: in dat geval behoeft de tussenleverancier pas te klagen bij zijn verkoper nadat hij het gebrek daadwerkelijk heeft ontdekt. Dat is hier pas het geval op het moment waarop zijn koper hem meldt dat er sprake is van een verborgen gebrek in het verkochte.<sup>125</sup> Het argument dat de onderzoeks- en klachtplicht bij kan dragen aan de verbetering van de positie van de tussenhandelaar, gaat derhalve slechts op in het geval van gebreken die bij gedegen onderzoek (of zelfs zonder onderzoek) ontdekt hadden kunnen worden.

Hier komt nog bij dat de positie van de tussenhandelaar door het bestaan van de onderzoeks- en klachtplichten slechts verbeterd zou kunnen worden, indien deze tussenhandelaar ook daadwerkelijk een claim heeft op zijn voorganger: is de aansprakelijkheid gestoeld op zijn eigen wanprestatie, dan treft dit argument uiteraard geen doel.<sup>126</sup> Hetzelfde geldt voor het geval de voorganger zich heeft geëxonereerd.

## 2.6.2 Voorkomen van lastige procedures

Het gaat hier, anders dan op het eerste gezicht gedacht zou kunnen worden, niet om het voorkomen van lastige procedures voor de verkoper: dit belang van de verkoper valt onder de hierna te bespreken gezichtspunt in par. 2.6.5. Het gaat hier om het voorkomen van lastige procedures voor de *rechter*, dus om het algemeen belang van de staat dat de rechterlijke macht niet al te veel moet worden belast met moeilijke of wellicht kansloze procedures.

---

<sup>125</sup> Zie § 377 Abs. 3 HGB: “*Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; ...*”.

<sup>126</sup> Zie tevens J.C. Reitz, ‘A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods’, *American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 449 en J.C. Reitz, ‘Against notice: A Proposal to Restrict the Notice of Claims Rule in U.C.C. 2-607 (3)(a)’, *73 Cornell Law Review* 543 1987-1988, p. 572. In beide artikelen beschrijft Reitz (ook) de geschiedenis van de Duitse onderzoeks- en klachtplichtregeling.

De regeling van § 377 HGB kan zeer zeker bijdragen aan het verhinderen of verkorten van procedures en daarmee bijdragen aan een snel en soepel verlopend handelsverkeer. Immers, veel kopers zullen afzien van een procedure met betrekking tot (vermeende) non-conformiteit indien vaststaat dat zij niet tijdig hebben geklaagd bij hun verkoper. Daar staat echter tegenover dat de vraag of al dan niet is voldaan aan de klachtverplichting tijdens een procedure juist een extra, het proces vertragend strijdpunt kan opleveren.<sup>127</sup>

Een tweede kritiekpunt dat in dit kader naar voren wordt gebracht, is dat rechters de vereisten van de regeling van § 377 HGB te ruim kunnen gaan toepassen, om zo hun werkdruk te verminderen. Als tijdens de gerechtelijke procedure immers vastgesteld wordt dat de koper zijn klachtplicht heeft verzaakt, wordt het doorprocederen over enige non-conformiteit onnodig.<sup>128</sup>

Wat hier ook van zij, duidelijk is dat dit aspect van de geformuleerde doelstellingen door de opsteller van het ADGHB op zijn minst oneigenlijk is: het betreft immers niet de positie van (een der) partijen, maar die van de rechterlijke macht.<sup>129</sup> Dit argument kan mijns inziens alleen gewicht in de schaal werpen indien het gezien kan worden als een positief neveneffect van de klachtplicht. Dat veronderstelt echter dat er een ander, inhoudelijk, argument dat genoemd wordt ter rechtvaardiging van de klachtplicht, namelijk de versnelling en vereenvoudiging van het handelsverkeer in het algemeen, voldoende zwaarwegend wordt bevonden. Opmerkelijk is bovendien dat de wetgever de belasting van de rechterlijke macht later, bij de beraadslagingen over het al dan niet belasten van de consumentkoper met een (onderzoeks- en) klachtplicht, is gaan zien als een argument *tegen* de

---

<sup>127</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 93. In het kader van het Weens Koopverdrag merkt Magnus daarover het volgende op: "Noch häufiger als über die Existenz und das Ausmaß von Mängeln wird darüber gestritten, ob der Käufer die Anforderungen an die Rüge korrekt erfüllt hat." U. Magnus, 'Die Rügeobliegenheit des Käufers im UN-Kaufrecht', *Transp-IHR* 1999/3, p. 29.

<sup>128</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 93.

<sup>129</sup> Zie ook J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods', *American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 444.

invoering van de klachtplicht.<sup>130</sup> Het is derhalve mijns inziens niet vreemd dat bij bestudering van het doel van de onderzoek- en klachtplicht van het huidige § 377 HGB dit argument niet meer terug te vinden is.

### 2.6.3 Voorkomen van speculatie door de koper

Het argument dat de klachtplicht bijdraagt aan het voorkomen van (al dan niet lastige) procedures, hangt zeer nauw samen met het argument dat voorkomen moet worden dat de koper in staat wordt gesteld om op kosten van de verkoper te speculeren. Door de ADHGB-wetgever werden als bijzonder ergerlijk beschouwd die procedures, die werden doorgevoerd in tijden dat de conjunctuur in het nadeel van de koper was veranderd.<sup>131</sup>

In de literatuur is veel kritiek geuit op dit argument. De eerste vraag die hierover rijst, is op welke wijze een koper dan zou kunnen speculeren.<sup>132</sup> Dit kan slechts het geval zijn ten aanzien van de verkoop van soortzaken waarvoor in beginsel een vaste afzetmarkt bestaat.<sup>133</sup> Speculatie is zinloos, zolang de marktprijs boven de daadwerkelijk betaalde prijs ligt.<sup>134</sup> De mogelijkheid tot speculatie wordt voor de koper pas interessant, wanneer plotseling de prijzen dalen. Op dat moment zou een zaak minder waard kunnen worden dan de prijs waarvoor deze was aangeschaft en zou een koper te kwader trouw het algemene conjunctuurrisico op zijn verkoper willen afwentelen.<sup>135</sup> Deze situatie zou inderdaad (ten dele) voorkomen worden door het bestaan van een klachtplicht, waardoor de koper zich snel op gebreken

---

<sup>130</sup> Zie hierna par. 2.7.3.

<sup>131</sup> Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 645. H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 93.

<sup>132</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 94.

<sup>133</sup> C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 52.

<sup>134</sup> C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 52.

<sup>135</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 94.

dient te beroepen en hem geen tijd wordt gegund om een eventuele prijsstijging of -daling af te wachten.

Hier staat echter tegenover dat het speculeren op een gunstige doorverkoop van gekochte zaken een wezenlijk kenmerk is van handelaren. Bovendien dient niet vergeten te worden dat de oorzaak van de mogelijkheid om een remedie in te roepen wordt gevormd door de niet-correcte nakoming van de verkoper zelf.<sup>136</sup> Zo bezien kan een beroep op een gebrek terwijl de prijzen zijn gedaald *als zodanig* niet als kwade trouw van de koper worden aangemerkt. Dit zou slechts het geval kunnen zijn, indien de koper door zich te beroepen op de ontbinding van de overeenkomst wegens gebrekkigheid van de geleverde zaak, poogt een verlies af te wentelen dat hij ook zou hebben geleden bij correcte nakoming van de overeenkomst.<sup>137</sup> Met andere woorden: van kwade trouw is slechts sprake indien de koper alleen heeft geklaagd over gebrekkigheid *omdat* de prijzen op de markt waren gedaald, terwijl deze koper niet zou hebben geklaagd over gebrekkigheid indien de marktprijzen niet zodanig waren gedaald. Maar ook deze situatie rechtvaardigt niet in alle gevallen een verlies van alle rechten van de koper. Hier zou bijvoorbeeld kunnen worden volstaan met het koppelen van de ontbinding van het contract aan een klachtverplichting,<sup>138</sup> en het beperken van het recht op prijsvermindering,<sup>139</sup> terwijl het recht op schadevergoeding en/of herstel en vervanging in stand wordt gelaten.

Hiervoor werd al vermeld dat het risico dat een koper kwaadwillig speculeert ten koste van zijn verkoper, slechts ten dele kan worden weggenomen door

---

<sup>136</sup> C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 52.

<sup>137</sup> C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 52.

<sup>138</sup> Zie C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 57-58; P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 282; J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part II – From Roman Law to the Modern Civil and Common Law', *The American Journal of Comparative Law* 1989, Vol. 37/2, p. 266.

<sup>139</sup> C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 52.

het opleggen van een klachtplicht aan de zijde van de koper. Zolang een koper namelijk wel klaagt, maar zich niet uitlaat over welke rechten hij wil gaan uitoefenen, kan hij alsnog speculeren over of hij zijn rechten te gelde maakt of dat hij er afstand van doet.<sup>140</sup> Ook zou de koper kunnen speculeren door herstel of vervanging te vragen bij prijsstijgingen en ontbinding of prijsvermindering bij prijsdalingen. Wanneer men het de koper toestaat om zich ná het doen van een klacht uit te laten over de remedie die hij wenst in te roepen, kan verhindering van (kwaadwillige) speculatie door middel van een klachtverplichting waarschijnlijk slechts verwezenlijkt worden door zeer zware eisen te stellen aan de inhoud van de klacht, zodat het voor partijen van meet af aan duidelijk is, wat de koper op de verkochte waar aan te merken heeft.<sup>141</sup>

Samenvattend komt het erop neer dat speculatie eigen is aan het handelsverkeer, dat lang niet alle gevallen waarin een koper speculeert als kwaadwillig kunnen worden beschouwd en dat het bestaan van een klachtplicht deze speculatiemogelijkheden niet, of in ieder geval niet volledig, weg kan nemen. Dat is kennelijk ook door de HGB-wetgever en door literatuur en rechtspraak onderkend: de door de ADHGB-wetgever kennelijk nog als ongewenst geachte situatie wordt in de beschouwingen over het huidige § 377 HGB niet meer genoemd.

#### 2.6.4 Bewijsbelang van de verkoper

Een van de argumenten om een klachtplicht aan de zijde van de koper in te voeren was dat de bewijspositie van de verkoper niet in het gedrang mocht komen door (ver)late klachten. De betekenis van dit argument, dat de verkoper bewijs ten aanzien van de correcte uitvoering van de overeenkomst

---

<sup>140</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 94; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 7.

<sup>141</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 94-95.

zeker moet kunnen stellen, hangt nauw samen met de vraag naar de bewijslastverdeling.<sup>142</sup>

Bij de beraadslagingen over de invoering van deze onderzoeks- en klachtverplichting in het ADHGB heeft de bewijslastverdeling een grote rol gespeeld. Aanvankelijk was niet duidelijk of bij een geschil over de betaling van de koopprijs de verkoper moest bewijzen dat er conform was geleverd of dat de koper moest bewijzen dat er niet conform was geleverd. Wanneer de bewijslast op de verkoper zou rusten, is het in beginsel gerechtvaardigd om een eventuele verslechtering van de bewijsspositie van de verkoper door een onderzoeks- en klachtplicht te compenseren. Dit argument treft volgens Recknagel echter geen doel wanneer de bewijslast van de non-conformiteit op de koper is gelegd.<sup>143</sup>

Niedrig kan zich niet vinden in deze argumentatie van Recknagel.<sup>144</sup> Immers, zou een klachtplicht slechts gerechtvaardigd zijn als de verkoper de bewijslast voor de conforme naleving zou dragen, dan volstaat een omdraaiing van de bewijslast als sanctie op het verzuimen van de klachtplicht. De regeling van § 377 HGB is volgens Niedrig echter ook dan op zijn plaats wanneer de koper de bewijslast van de non-conformiteit draagt. Ook dan kan de verkoper in het kader van de bewijzvergaring belang hebben bij een klachtplicht.<sup>145</sup> Het gevaar bestaat namelijk dat de vaststellingen eenzijdig door de koper worden opgemaakt of dat de koper het bewijs manipuleert.<sup>146</sup>

Door de invoering van het huidige § 363 BGB is de onduidelijkheid betreffende de bewijsvraag opgelost: dit artikel legt de bewijslast inzake gestelde non-conformiteit bij de koper.<sup>147</sup> Toch blijft ook na de invoering van

---

<sup>142</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 95.

<sup>143</sup> C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 55 e.v.

<sup>144</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 97.

<sup>145</sup> Zie BGHZ 101, 49, NJW 1987, 2235 (Beweislast des Käufers für Zugang der empfangsbedürftigen Mängelanzeige).

<sup>146</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 97.

<sup>147</sup> § 363 BGB Beweislast bei Annahme als Erfüllung: *Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast*,

dit artikel de bewijsnood van de verkoper als doel van de klachtplicht genoemd worden.<sup>148</sup> Met name het BGH stelt dat de verkoper in bewijsnood dreigt te verkeren door toenemend tijdverloop.<sup>149</sup> Deze bewijsnood van de verkoper kan volgens Mock na de invoering van § 363 BGB (dat de bewijslast van de gebrekkige nakoming in algemene zin op de teleurgestelde schuldeiser legt) echter slechts nog betekenis hebben in het geval van manipulatie van het bewijs door de koper of in het geval van gerechtelijke dwalingen, met de kanttekening dat beide situaties zich slechts zelden voordoen. Mock is derhalve van mening dat het bewijsbelang van de verkoper tegenwoordig niet meer als zelfstandig doel van § 377 HGB gezien kan worden.<sup>150</sup>

Grunewald merkt hierover op dat eventuele bewijsproblemen de verkoper slechts treffen tot het moment dat de koper de zaken aanneemt, want vanaf dat moment treft hem de bewijslast omtrent gebreken.<sup>151</sup> Ook Gsell wijst erop dat tijdsverloop bewijsnood kan opleveren, maar dat dit in eerste instantie de koper treft en niet de verkoper.<sup>152</sup> Hier staat tegenover dat de verkoper wel in staat moet zijn om de gestelde non-conformiteit(en) te betwisten en om eventueel tegenbewijs te leveren. Daarnaast heeft hij belang bij het veiligstellen van zijn bewijspositie ten opzichte van zijn leverancier.

### 2.6.5 Snelle afwikkeling van geschillen: het belang van de verkoper

De regeling van de klachtplicht van § 377 HGB dient ook daartoe, dat de verkoper sneller weet of een bepaalde transactie naar behoren is verlopen, zodat hij gepaste maatregelen kan treffen. Klaagt de koper niet, dan weet de

---

*wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.*

<sup>148</sup> A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 22. Zie ook: D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 3 en B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 3.

<sup>149</sup> Zie bijvoorbeeld: BGH Urteil vom 13-05-1987, BGHZ 101, 49, NJW 1987, 2235 (Beweislast des Käufers für Zugang der empfangsbedürftigen Mängelanzeige). Ook: BGH Urteil vom 14.05-1996, X ZR 75/94, NJW 1996, 2228 (Anforderungen an die handelsrechtliche Mängelanzeige).

<sup>150</sup> A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 24.

<sup>151</sup> B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 3.

<sup>152</sup> B. Gsell, 'Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung', *JZ* 2/2001, p. 72.

verkoper dat hij – afgezien van claims op grond van verborgen gebreken - correct is nagekomen en dat hij de koopprijs kan behouden dan wel de koper kan aanspreken tot betaling van de afgesproken prijs. De in de loop van de afhandeling van het contract bestaande onzekerheid is hiermee grotendeels beëindigd. Klaagt de koper wel, dan moet de verkoper tijdig gepaste maatregelen kunnen nemen, die bijvoorbeeld hierin kunnen bestaan dat hij goedkoper kan herstellen.

Bij het opstellen van de regeling van Art. 347 ADHGB dacht de wetgever vooral aan de situatie waarin de verkoper voor een andere bestemming voor de verkochte zaken moest kunnen zorgen.<sup>153</sup> Hier komt het idee naar voren dat de koper de zaken uiteindelijk *afwijst* en de zaken dus terug moeten naar de verkoper. Het treffen van maatregelen in die zin is echter overbodig wanneer de koper zich op prijsvermindering beroept, en nog maar zeer beperkt mogelijk in het geval hij eerst klaagt en zich pas later uitsprekt over zijn in te roepen remedie.<sup>154</sup> In deze laatstgenoemde situatie (eerst klagen, dan remedie noemen), kan de verkoper niet veel meer doen om zijn schade te beperken dan alvast op zoek te gaan naar een andere bestemming voor het geval dat de koper de zaken toch afwijst.

De opvatting dat de verkoper vooral een andere bestemming moet kunnen zoeken voor de verkochte waren laat overigens duidelijk de samenhang zien met de verkoop van *soortzaken*. Juist in het geval dat de zaken niet *eigentlich fehlerhaft* zijn, maar slechts een lagere kwaliteit blijken te hebben,<sup>155</sup> is het voor de verkoper van belang om te proberen de zaken op een andere wijze onder te brengen. De verkoper heeft er derhalve belang bij zo snel mogelijk te weten of de koper de zaken afwijst, aangezien in de regel hoe eerder de verkoper weet dat de koper ze niet behouden wil, des te groter de kans is dat de verkoper de zaken alsnog zal kunnen verkopen. Het belang van de verkoper om een andere bestemming voor de zaken te kunnen zoeken,

---

<sup>153</sup> Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 645 en 648.

<sup>154</sup> P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 98.

<sup>155</sup> Het gaat hier om zaken die niet zó een gebrek hebben dat ze daarmee onbruikbaar of onverkoopbaar zijn, maar - om zaken - die 'slechts' van een mindere kwaliteit zijn dan afgesproken was, maar wel nog (voor een lagere prijs waarschijnlijk) verkocht kunnen worden.



correspondeert tevens met het verbod voor de koper om ten koste van de verkoper te speculeren (zie hiervoor par. 2.6.3).<sup>156</sup>

Een andere maatregel die de verkoper zou kunnen treffen in het geval hij de klacht van de koper terecht vindt, is het aanbieden van een wel conforme nalevering.<sup>157</sup> Deze maatregel is echter noch in de *Motiven* noch in de *Protokolle* door de wetgever genoemd.<sup>158</sup>

## 2.6.6 Snelle afwikkeling van geschillen: het belang van het handelsverkeer

Het feit dat contracten en eventuele geschillen daaromtrent snel afgerond kunnen worden door een geslaagd beroep op de verzaking van de klachtplicht, is in eerste instantie in het voordeel van de desbetreffende verkoper. De regeling van § 377 HGB komt echter ook ten goede aan het handelsverkeer in zijn geheel, dat naar zijn aard gebaat is bij de snelle afwikkeling van geschillen.<sup>159</sup> Door een snelle afwikkeling van gesloten handelskoopovereenkomsten en eventuele geschillen daaromtrent kunnen rechtsbetrekkingen, zeker in het geval van een distributieketen, eenvoudig blijven. De verkoper kan zich door gebruikmaking van § 377 HGB gemakkelijk verweren tegen aanspraken van zijn koper. De transactiekosten voor de contractspartijen maar ook voor het handelsverkeer in het algemeen zullen daarom afnemen, waardoor ook de gehanteerde prijzen lager worden.<sup>160</sup>

Er bestaat derhalve ook een algemeen belang dat een koper bepaalde aanspraken niet geldend kan maken, wanneer hij zijn klachtplicht geschonden heeft: de rechtsverhoudingen worden vereenvoudigd doordat eventuele procedures worden verhinderd of vergemakkelijkt omdat de rechter zich bij

---

<sup>156</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 98. Zie ook W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 9.

<sup>157</sup> OLG Frankfurt a. M. WM 1986, S. 1566 (1567).

<sup>158</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 98.

<sup>159</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 9a.

<sup>160</sup> A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 20.

een geconstateerde schending van de klachtplicht niet meer met vermeende non-conformiteiten behoeft bezig te houden.<sup>161</sup> Daarbij dient te worden bedacht dat een *Kaufmann* zowel als verkoper als koper optreedt, en dus geconfronteerd wordt met zowel het voordeel dat hij als verkoper van de klachtplicht geniet, als met het nadeel daarvan in zijn rol als koper. De *Kaufmann* is in de regel echter niet de eindgebruiker van de zaken, maar zal deze doorverkopen of verwerken. Het is lastig procedures te voeren over zaken die de koper reeds heeft doorverkocht of heeft verwerkt. Bovendien is dit laatste nadelig voor wat Achilles het *‘Beschleunigungszweck’* (versnellingsdoel) noemt.<sup>162</sup> Ook hieruit kan worden afgeleid dat het handelsverkeer als zodanig belang heeft bij het hanteren van de klachtplicht.

## 2.7 Uitsluitingen van het materieel toepassingsgebied van de klachtplicht

De onderzoeks- en klachtplicht van de koper zoals die is opgenomen in § 377 HGB behelst de eis dat het moet gaan om een *beidseitiges Handelsgeschäft*. Dit brengt mee dat deze onderzoeks- en klachtplichtverplichtingen van § 377 HGB alleen gelden voor commerciële partijen, en bij verzaking daarvan ook alleen tegen commerciële partijen kunnen worden ingeroepen.<sup>163</sup>

Volgens Canaris kunnen inderdaad alleen commerciële partijen worden belast met deze verplichtingen die voortvloeien uit § 377 HGB, aangezien zij dienen te voldoen aan hogere eisen met betrekking tot expertise en ervaring met het handelsverkeer. Commerciële partijen hebben volgens hem bijvoorbeeld speciale zorgplichten, zoals de onderzoeks- en klachtplicht van § 377 HGB.<sup>164</sup> Jeloschek stelt dat regels die uitsluitend geschreven zijn voor het commerciële handelsverkeer, bedoeld zijn om de belangen van

---

<sup>161</sup> H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 98, 99. Niet over het hoofd gezien moet worden echter, het feit dat gerechten zich nu wellicht wel meer moeten buigen over twistgevallen met betrekking tot het al dan niet verzaken van de klachtplicht.

<sup>162</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 9a.

<sup>163</sup> F. Gschnitzer, ‘Gegenseitiger Einfluß des bürgerlichen und Handelsrechts’, in: Faistenberger, Mayrhofer (eds.), *Gedenkschrift Franz Gschnitzer*, Scientia Verlag 1969, p. 524 stelt: „Die Mängelrüge ist charakteristische Einrichtung des Handelsrechts“.

<sup>164</sup> C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 1, Rn. 16-19 en § 29, Rn. 42.

commerciële handelspartijen te beschermen en daarom bijvoorbeeld meer eenvoud, snelheid en rechtszekerheid nodig hebben dan regels die toepasselijk zijn op ‘gewone’ transacties. Met andere woorden: het commerciële handelsverkeer heeft behoefte aan zogenaamde ‘hard and fast rules’, waarvan de klachtplicht een voorbeeld is.<sup>165</sup>

Door de plaatsbepaling in het HGB en de opname van de eis van *beidseitiges Handelsgeschäft* staat vast dat de bepaling van § 377 HGB niet geldt voor de consumentenkoop, en evenmin voor koopovereenkomsten gesloten tussen twee particulieren of gesloten tussen een particuliere verkoper en een professionele koper. Buiten het handelskooprecht is er in het Duitse recht geen plaats voor een klachtverplichting aan de zijde van de koper.<sup>166</sup> Deze beperking van het materiële toepassingsgebied van de klachtplichtbepaling is een bewuste politieke keuze van de Duitse wetgever geweest.<sup>167</sup> Volgens de parlementaire geschiedenis van het HGB heeft een koper die niet over de nodige expertise en ervaring beschikt en op grond van het BGB niet onverwijld de verkochte zaken hoeft te onderzoeken (omdat daar geen onderzoeks- en klachtplicht voor de koper is opgenomen), dat niet opeens wél te doen alleen maar omdat hij handelt met een commerciële verkoper. Dit zou te veel vergen van de ‘gewone’ koper en de belangen van de commerciële verkoper te zeer benadrukken.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 132.

<sup>166</sup> Aangezien de handelskoop alleen betrekking heeft op de koop van roerende zaken, zijn alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken sowieso uitgesloten van het materiële toepassingsgebied van § 377 HGB, dus óók in het geval van de koop van onroerende zaken tussen twee professionele partijen. Op deze overeenkomsten wordt verder niet ingegaan.

<sup>167</sup> Zie hierover uitgebreid C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 139, 150.

<sup>168</sup> Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897, S. 223, opgenomen in: Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd II/2B: Denkschriften, Beratungen, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 1135f. Zie C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 139, met name noot 27.

Gevolg hiervan is dat de koper in allerlei andere koopovereenkomsten niet geconfronteerd wordt met een onderzoeks- en klachtplicht, en dat de verkoper bij die koopovereenkomsten geen bescherming geniet van de regeling omtrent de onderzoeks- en klachtplicht. De vraag kan gesteld worden waarom de Duitse wetgever de onderzoeks- en klachtplichtbepaling niet van toepassing heeft verklaard op deze niet-handelskopen. Hieronder wordt achtereenvolgens ingegaan op de redenen voor de afwezigheid van de onderzoeks- en klachtplicht in het verbintenissenrecht – het BGB – in het algemeen, en meer in het bijzonder bij de consumentenkoop en in de koopovereenkomst tussen een particuliere verkoper en een professionele koper.

### 2.7.1 Geen klachtplicht in het BGB

Voor de opname van de onderzoeks- en klachtplichten in het Duitse handelskooprecht was, zoals blijkt uit bovenstaande paragrafen, de professionaliteit van de koper en de aard en hoeveelheid van de verkochte zaken van doorslaggevende betekenis, in samenhang met het feit dat slechts de belangen van een professionele verkoper deze bescherming moeten genieten.

In het BGB is geen onderzoeks- en klachtplicht voor de koper opgenomen.<sup>169</sup> Uit de beraadslagingen omtrent het samen met het HGB op 1 januari 1900 in werking getreden BGB blijkt dat de *professionaliteit van de koper* ten opzichte van een professionele verkoper de doorslag gaf voor het niet opnemen van een klachtplicht in het algemene verbintenissenrecht in het BGB, aangezien gevreesd werd dat dit te veel zou vergen van de ‘gewone’

---

<sup>169</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 287. Lehmann is overigens van mening dat er wel degelijk gesproken kan worden over het bestaan van een klachtplicht in het BGB. Hij baseert deze stelling op het gegeven dat het BGH de mogelijkheid heeft genoemd dat een koper zijn rechten op grond van gebreken kan verwerken, wanneer hij zo lang met het geldend maken van zijn rechten heeft gewacht, dat deze de verkoper niet meer tegengeworpen kunnen worden. Lehmann stelt dat aangezien dit verwerken reeds voor het aflopen van de verjaringstermijn mogelijk is (ten tijde van deze stellingname bedroeg de verjaringstermijn in het BGB nog zes maanden), gesproken kan worden van een stilzwijgende erkenning van een klachtverplichting aan de zijde van de koper in het BGB. Zie M. Lehmann, ‘Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers in BGB und HGB’, *WM* 1980/41, p. 1166.

koper. Brüggemann plaatst hier vraagtekens bij. Hij is van mening dat áls het niet te veel willen vergen van de koper de reden is om geen klachtplicht op te nemen in het BGB, de niet-toepasselijkheid van de klachtplicht slechts gerechtvaardigd is indien het gaat om gebreken die alleen kunnen worden ontdekt door een professioneel onderzoek. Ten aanzien van dergelijke gebreken kan de eis worden gesteld van professionaliteit aan de zijde van de koper. Dat is evenwel anders wanneer het gaat om gebreken die zonder onderzoek of zeer gemakkelijk ontdekt kunnen worden, dus ook door een niet-professionele koper.<sup>170</sup>

Interessant is dat de opstellers van het BGB wel hebben overwogen om een klachtverplichting in het BGB op te nemen voor gebreken die de koper daadwerkelijk had ontdekt (de onderzoeksverplichting zou dus worden weggelaten). Voorgesteld werd om aan de tekst van het ontwerpartikel § 386 - volgens welk de verkrijger zijn aanspraken op grond van gebreken verliest wanneer hij de gebrekkige zaken met kennis van de gebreken aangenomen heeft – het volgende toe te voegen:

*“Ergibt sich später ein Mangel, so hat der Käufer ihn unverzüglich nach erlangter Kenntnis dem Verkäufer anzuzeigen. Versäumt er die rechtzeitige Absendung der Anzeige, so verliert er die aus dem Mangel sich ergebenden Rechte, es sei denn, daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hatte.”<sup>171</sup>*

De argumenten voor opname van een klachtplicht zonder onderzoekverplichting waren dat de verkoper nadeel zou kunnen ondervinden door frauduleus of nalatig gedrag van de koper; omdat de koper zou kunnen afwachten met het indienen van zijn claim tot het einde van de verjaringstermijn, ook als hij de gebreken al eerder had ontdekt. Daardoor zou verduistering van de feiten maar al te vaak kunnen voorkomen en zou het voor de verkoper moeilijker zijn om tegenbewijs te leveren. Bovendien zou

---

<sup>170</sup> D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 4.

<sup>171</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 287 onder verwijzing naar: Motiven zum BGB S. 224 ff in: Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Aalen: Scientia, 1979.

de koper ten koste van de verkoper kunnen speculeren door zijn keuze tussen prijsvermindering en ontbinding te vertragen.<sup>172</sup>

Uiteindelijk was een meerderheid van de opstellers van het BGB toch tegen de opname van een klachtplicht in het BGB.<sup>173</sup> De eerstgenoemde reden hiervoor was dat men van mening was dat klacht- en onderzoeksverplichtingen bij elkaar horen en een ‘losse’ klachtplicht tot een grotere gang naar de rechter zou leiden. De wetgever geeft als reden hiervoor dat in het handelsverkeer dikwijls meteen uit de aard van het gebrek kan worden afgeleid of de koper dit ook tijdig heeft ontdekt.<sup>174</sup>

De tweede reden die de wetgever noemde om geen klachtplicht in het BGB op te nemen is gelegen in het feit dat het moment van daadwerkelijke ontdekking niet altijd voldoende duidelijk is, omdat gebreken dikwijls eerst niet als zodanig herkend en opgemerkt worden. Daardoor wordt niet alleen het moment van daadwerkelijke ontdekking van het gebrek onzeker, maar wordt de koper ook aan de verleiding blootgesteld om door een valse verklaring (toch) zijn rechten te behouden. Hiermee kan de openbare moraal in gevaar komen, waardoor de bescherming van de verkoper maar een stapje terug moet nemen, aldus de wetgever.<sup>175</sup>

Ten derde is het risico dat de feiten verduisterd worden door de koper of moeilijker te achterhalen zijn door het verloop van tijd klein, door de aanwezigheid van vrij korte verjaringstermijnen in het BGB (ten tijde van deze discussie was die voor de koop nog zes maanden na aflevering, waar deze tegenwoordig twee jaar bedraagt). Ten slotte werd niet verwacht dat de

---

<sup>172</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 287-288, onder verwijzing naar: Protokolle zum BGB S. 671 in: Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Aalen: Scientia, 1979.

Of: zijn keuze tussen prijsvermindering en nakoming (herstel of vervanging) - ST.

<sup>173</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 287-288, onder verwijzing naar: Protokolle zum BGB S. 671 in: Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Aalen: Scientia, 1979; C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 148.

<sup>174</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 288.

<sup>175</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 288.

particuliere koper in een niet-commerciële setting zou speculeren ten koste van de verkoper.<sup>176</sup>

Raisch wijst er vervolgens op dat het bovenstaande – en dan met name de argumenten die zien op het moeilijk vaststellen van het moment van daadwerkelijke ontdekking en de opvatting dat onderzoeks- en klachtplichten bij elkaar horen – laat zien dat zulke plichten slechts kunnen worden opgelegd aan diegenen, die voldoende kennis van zaken hebben en ten minste over een organisatie beschikken.<sup>177</sup>

Tijdens de ontwerpfase van het BGB van 1861 is door een van de opstellers bovendien opgemerkt dat opname van de klachtplicht bij de *handelskoop* wel (en bij de *consumentenkoop* niet) acceptabel was, aangezien professionele kopers over het algemeen ook verkopers zijn zodat zij weliswaar als koper eventueel nadeel lijden als gevolg van de klachtverplichting, maar als verkoper daar hun voordeel mee kunnen doen.<sup>178</sup> Over de consumentenkoop hieronder meer.

## 2.7.2 De consumentenkoop

De handelsrechtelijke oorsprong van de klachtplicht blijkt ook uit het feit dat de Duitse wetgever ten tijde van het opstellen van het HGB en het BGB niet overtuigd was dat in een koopovereenkomst waarbij een handelaar rechtstreeks verkoopt aan een consument, deze koper belast zou moeten worden met een klachtplicht: de verkoper heeft in deze situatie niet (altijd) het belang om tijdig te weten of zijn levering aan de overeenkomst

---

<sup>176</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 288; C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006 p. 148.

<sup>177</sup> P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 288.

<sup>178</sup> Zie P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 282-283, met daarin opgenomen een citaat uit de *Protokolle* (Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 646; zie ook J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods', *The American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 466-467.

beantwoordt zodat hij zijn voorschakels kan aanspreken, omdat hier dikwijls uit voorraad wordt geleverd en de klachttermijnen in de verkoopketen reeds verstreken zijn.<sup>179</sup>

Ook bij de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop<sup>180</sup> in 2002 heeft Duitsland geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid een klachttermijn in te voeren in het consumentenkooprecht. Tijdens de aanpassingen in het BGB als gevolg van de implementatie van deze richtlijn is er wel sprake geweest van een eventuele invoering van een klachtplicht (zonder onderzoeksverplichting) voor de consumentkoper. In de daaropvolgende discussies werd deze regeling van de klachtplicht echter geschrapt omdat die ongeschikt en consument-onvriendelijk zou zijn.<sup>181</sup>

De eerste reden die de wetgever uiteindelijk gaf voor het niet opnemen van een klachtplicht in geval van een consumentenkoop is dat men grote bewijsproblemen voorzag met betrekking tot het tijdstip van daadwerkelijke ontdekking van het gebrek:

*“Die Rügepflicht dürfte nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in der Weise gestaltet werden, dass der Käufer seine Rechte verliert, wenn er den Mangel nicht innerhalb von zwei Monaten anzeigt, nachdem er davon Kenntnis erlangt hat. (Grob) fahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Dies würde in der Praxis dazu führen, dass der Verkäufer die Rüge zwar*

---

<sup>179</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch* 2, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 3 onder verwijzing naar *Hahn/Mugdán* (Hrsg.), *Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, 6. Bd.: *Materialien zum Handelsgesetzbuch* (1897), S. 189, 376. Dit argument valt in het kader van de verborgen gebreken wellicht nog te betwijfelen: als het gaat om verborgen gebreken die bij een deugdelijke inspectie niet ontdekt hadden kunnen worden, dan kan de verkoper er pas van op de hoogte zijn gekomen dat er een gebrek is als de koper daarover klaagt. Bij een verborgen gebrek zal *zijn* klachtplicht dan pas beginnen te lopen. Aan de andere kant kan betoogd worden dat de klachtplicht sowieso niet van toepassing zou moeten zijn bij verborgen gebreken, aangezien deze gebreken niet eerder zullen worden gemeld door het bestaan van een klachtplicht, en de belangen van de verkoper om spoedig te weten te komen of zijn levering in orde was, bij verborgen gebreken ook niet worden beschermd of gewaarborgd door een klachtverplichting.

<sup>180</sup> Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, PB L 171 van 7.7.1999.

<sup>181</sup> A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 19.



*gerne erheben würde, aber praktisch keine Möglichkeit hätte, dem Käufer den genauen Zeitpunkt der Kenntniserlangung nachzuweisen.*<sup>182</sup>

Bovendien was de Duitse wetgever van mening dat de opname van een klachtplicht voor consumentkopers de rechterlijke macht onnodig meer zou belasten:

*“Im Ergebnis würde die Rügepflicht deshalb nur zu einer unnötigen Mehrbelastung der Gerichte führen, aber in der Sache nichts bewirken.”*<sup>183</sup>

Opvallend is dat een van de argumenten vóór de opname van de klachtplicht in het oude Art. 347 ADHGB ‘het voorkomen van lastige procedures’ was voor wat betreft de rechterlijke macht (zie hiervoor in par. 2.6.2). Kennelijk is in de loop der tijd het gezichtspunt omtrent dit argument veranderd, nu het juist wordt gezien als een reden om geen klachtplicht op te nemen, aangezien dit zou kunnen leiden tot een verzwaring van de taken van de rechterlijke macht. Kennelijk heeft het bestaan van de klachtplicht aangetoond dat het een procesbemoelijkende factor kan zijn indien het al dan niet verzaken van de klachtplicht aan de orde wordt gesteld.

Zelfs de *verviervoudiging* van de verjaringstermijn bij koop (van 6 maanden na aflevering naar 2 jaar) in 2002 bij de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop heeft de Duitse wetgever er kennelijk niet toe gebracht in het BGB een klachtverplichting op te nemen.<sup>184</sup> Het bestaan van de (zeer) korte verjaringstermijn van 6 maanden ten tijde van het opstellen van het BGB zou namelijk een verklaring kunnen vormen voor het feit dat de BGB-wetgever het niet nodig vond om een klachtplicht op te nemen in het BGB. De Duitse wetgever heeft echter kennelijk zelfs in de aanzienlijke verlenging van deze verjaringstermijn geen aanleiding gezien om alsnog een klachtplicht

---

<sup>182</sup> Deutscher Bundestag Drucksache Nr. 14/7052, p. 197, te raadplegen via <http://drucksachen.bundestag.de/drucksachen/index.php>. Ook Gsell wijst hierop, zie B. Gsell, ‘Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung’, *JZ* 2/2001, p. 72.

<sup>183</sup> Deutscher Bundestag Drucksache Nr. 14/7052, p. 197, te raadplegen via <http://drucksachen.bundestag.de/drucksachen/index.php>.

<sup>184</sup> C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 150.

in te voeren in het BGB. Dit illustreert volgens Jeloschek dat de Duitse wetgever bewust gekozen heeft voor het commerciële karakter van de klachtplicht.<sup>185</sup> De koper die opereert buiten het toepassingsgebied van de klachtplicht ziet zich dus, in het geval dat hij een gebrek ontdekt maar daar niet (of laat) over klaagt, slechts geconfronteerd met de sanctie van de verjaring.<sup>186</sup>

### 2.7.3 De koop tussen de particuliere verkoper en de professionele koper

Men zou zich kunnen afvragen waarom de klachtplicht bij de handelskoop slechts geldt tussen *twee* professionele partijen, en niet voor handelskoopovereenkomsten waarbij de koper een professionele partij is, en de verkoper niet. Waarom zou in een dergelijk geval de verkoper geen bescherming mogen genieten van de regeling van de klachtplicht? Of: waarom wordt deze professionele koper niet belast met een onderzoeks- en klachtverplichting?

Tijdens de beraadslagingen bij de totstandkoming van het HGB zijn er stemmen opgegaan om de regeling van § 377 HGB ook te laten gelden voor een professionele koper die koopt van een niet-professionele verkoper.<sup>187</sup> Echter, dit voorstel werd uiteindelijk verworpen. De parlementaire stukken met betrekking tot de totstandkoming van § 377 HGB laten duidelijk zien dat de HGB-wetgever zich zeer gebonden voelde aan de opvatting van de BGB-wetgever om de niet-professionele koper niet te belasten met een onderzoeks- en/of klachtplicht. Het voorstel om in het HGB wel een onderzoeks- en

---

<sup>185</sup> C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 150.

<sup>186</sup> Zie § 438 Abs. 1 onder 3 en Abs. 2 BGB: de verjaringstermijn bedraagt twee jaar en vangt aan op het moment van aflevering van de zaak. Dit betekent dus dat indien er geen sprake is van een handelskoop, de koper de verkochte zaak na aflevering niet hoeft te onderzoeken noch te doen onderzoeken. Hij hoeft zelfs niets te ondernemen als hij wel een gebrek heeft geconstateerd. Hij ziet zich pas geconfronteerd met de eventuele gevolgen van zijn stilzitten wanneer de verjaringstermijn is verstreken. Zie D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 3.

<sup>187</sup> Zie hieromtrent Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd I: Gesetze und Entwürfe, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 82-88.

klachtplicht op te nemen voor de professionele koper die koopt van een niet-professionele verkoper werd niet gevolgd, omdat de HGB-wetgever van mening was dat anders de professionele koper benadeeld zou worden ten opzichte van een niet-professionele koper in een koopovereenkomst met een niet-professionele verkoper.<sup>188</sup> Met andere woorden: de BGB-wetgever neemt geen onderzoeks- en klachtplicht op voor de ‘gewone’ koper onder verwijzing naar de HGB-wetgever (onderzoeksverplichtingen zijn eigen aan het handelsrecht en een losse klachtplicht kan niet want onderzoeks- en klachtplichten horen bij elkaar), en de HGB-wetgever neemt geen onderzoeks- en klachtplicht op voor de professionele koper in verhouding tot een niet-professionele verkoper onder verwijzing naar de BGB-wetgever (in het BGB wordt de gewone koper niet belast dus dat zou ook niet zo moeten zijn in het HGB). Lehmann spreekt in dit verband terecht over ‘*eine Art von gesetzgeberischem Zirkelschluß*’.<sup>189</sup>

Hier kan nog het volgende aan worden toegevoegd. De HGB-wetgever rechtvaardigt het niet toepasselijk zijn van de onderzoeks- en klachtplichtbepaling op de verhouding niet-professionele verkoper – professionele koper door te stellen dat de professionele koper anders slechter af zou zijn dan een niet-professionele koper indien beide kopers handelen met een particuliere verkoper. Dat argument komt echter niet sterk over wanneer men zich realiseert dat de professionele koper wanneer hij handelt met een wél professionele verkoper reeds in een ongunstiger positie verkeert dan een niet-professionele koper die handelt met een professionele verkoper. Daarom moet mijns inziens de verklaring voor de afwezigheid van een klachtverplichting in de verhouding professionele koper – niet-professionele verkoper niet worden gezocht in de benadeling van deze professionele koper, maar in de afwezigheid van de professionaliteit aan de zijde van de verkoper. Dat sluit aan bij de opvatting van Canaris. Hij stelt dat een professionele verkoper een grotere behoefte heeft aan zekerheid met betrekking tot eventuele procedures en het inschatten van zijn rechtspositie daarin (dan een

---

<sup>188</sup> W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 3 bij *Vorbemerkung von § 377* onder verwijzing naar Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd I: Gesetze und Entwürfe, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 83 e.v. Zie met name p. 87.

<sup>189</sup> M. Lehmann, ‘Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers in BGB und HGB’, *WM* 1980/41, p. 1164.

niet-professionele verkoper – ST).<sup>190</sup> Van doorslaggevende betekenis voor het niet toekennen van de bescherming op grond van § 377 HGB is volgens Canaris kennelijk het ontbreken van bedrijfsmatig handelen aan de kant van de verkoper. Nu dat er niet is, behoeft de deskundigheid van de koper geen grenzen te stellen aan de bescherming van de verkoper.

Jeloschek heeft daarnaast gesteld dat de vraag ook omgekeerd kan worden, namelijk: waarom zou de niet-professionele verkoper wél mogen profiteren van de klachtplicht, in die zin dat hij een kans krijgt om te ontsnappen aan aansprakelijkheid voor non-conformiteit, alleen maar omdat zijn wederpartij toevallig een professionele koper is?<sup>191</sup> Een particuliere verkoper zal bij het aangaan van het contract geen rekening hebben gehouden met het bestaan van, en dus niet mogen vertrouwen op de naleving van een eventuele klachtplicht, omdat hij daar als leek niet van op de hoogte zal zijn.<sup>192</sup>

Lehmann stelt daarentegen dat niet valt in te zien waarom een professionele koper bevrijd zou moeten worden van de onderzoeks- en klachtverplichting alleen maar omdat zijn verkoper toevallig geen professioneel is. Lehmann is van mening dat de professionele koper die koopt van een niet-professionele verkoper wel onderworpen zou moeten zijn aan de regeling van de klachtplicht.<sup>193</sup> Brüggeman wijst in dit verband op de mogelijkheid dat een professionele koper, waarvan verwacht mag worden dat hij over kennis van zaken beschikt, in ieder geval zijn verkoper dient te wijzen op het bestaan van een eventueel gebrek, bij gebreke waarvan hij zijn rechten zou kunnen verwerken op grond van § 242 BGB (*Treu und Glauben*). Voor

---

<sup>190</sup> C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42. Deze stelling is in het licht van de verzekerbaarheid van risico's wel discutabel: de professionele verkoper kan zich gemakkelijk verzekeren, de particuliere verkoper kan bij non-conformiteit persoonlijk failliet gaan.

<sup>191</sup> C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 141; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 23; Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB* 1994, p. 87.

<sup>192</sup> C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 141.

<sup>193</sup> M. Lehmann, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers in BGB und HGB', *WM* 1980/41, p. 1169.

deze mededeling zouden echter niet de strenge vereisten van § 377 HGB moeten gelden.<sup>194</sup>

Ten slotte zou nog aan het volgende gedacht kunnen worden ter verklaring van het feit dat de klachtplichtregeling van § 377 HGB niet geldt in de verhouding particuliere verkoper – professionele koper. Uit het onderzoek naar de ratio van de klachtplicht in het handelskooprecht kwam naar voren dat er in professionele koopovereenkomsten dikwijls sprake is van een keten van verkopers. Verkopers hebben in deze situatie niet alleen te maken met hun kopers, maar ook met hun eigen voorgangers, in welke verhouding zij dan weer optreden als koper. Deze positie en de doorgaans aangenomen *need for speed* in het handelsverkeer treft men niet of nauwelijks aan bij een verkooprelatie tussen een particuliere verkoper en een professionele koper. De opname van een onderzoeks- en klachtverplichting ligt ook daarom minder voor de hand. Bovendien plegen particuliere verkopers, anders dan professionele, niet een grote hoeveelheid gelijksoortige handelswaar te verkopen.

## 2.8 Conclusie

De onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper is in het Duitse recht opgenomen in § 377 HGB, waarmee de regeling in een louter handelsrechtelijke verhouding een rol speelt. Over de vraag *of* er een onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper moest worden opgenomen bij de regelingen omtrent de handelskoop, heeft de Duitse wetgever zich slechts uitgelaten op het moment dat de voorloper van de huidige regeling van § 377 HGB, Art. 347 ADHGB, werd vastgesteld. Onder opsomming van zes argumenten is besloten de koper bij een handelskoop te belasten met een onderzoeks- en klachtverplichting. Bij de overname van deze regeling in het HGB onder § 377 weidde de wetgever niet verder uit over de vraag of een klachtplicht gewenst of noodzakelijk was, noch zijn de zes argumenten in het licht van de recente regeling opnieuw bekeken. De wetgever heeft zich bij het vaststellen van het huidige § 377 HGB slechts uitgelaten over de rechtvaardiging van de twee verschillen die deze regeling

---

<sup>194</sup> D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 22.

kent ten opzichte van het oude Art. 347 ADHGB: een verbreding van het toepassingsgebied (de regeling werd ook van toepassing verklaard op het *Platzgeschäft*) en een beperking daarvan door te bepalen dat beide contractpartijen moeten handelen in een professionele hoedanigheid.

De wetgever heeft als rechtvaardiging voor het opnemen van de onderzoeks- en klachtplicht in het HGB aangevoerd dat de belangen van de *professionele verkoper* in het handelskooprecht bescherming verdienen. De bescherming wordt begrensd door de *deskundigheid van de koper*: ontbreekt die, dan er is geen plaats voor een onderzoeks- en klachtplichtbepaling. De verkoper ontbeert in die gevallen zijn bescherming op grond van § 377 HGB.

Ook de wetgever van het BGB heeft deze elementen genoemd, ditmaal ter rechtvaardiging van het *niet*-opnemen van een onderzoeks- en/of klachtplicht aan de zijde van de koper. Buiten het geval van een handelskoop waarbij beide partijen in hun bedrijfsmatige hoedanigheid handelen, is geen plaats voor een onderzoeks- en/of klachtplicht: aan de ene kant omdat de koper geen deskundige is (bijvoorbeeld bij de koop tussen twee particulieren of de consumentenkoop), aan de andere kant omdat de verkoper niet handelt in de uitoefening van zijn bedrijf (ten opzichte van een wel deskundige koper).

Het BGH noemt twee aspecten ter rechtvaardiging van een onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper: ten eerste dient het algemeen belang van het handelsverkeer bij een snelle en definitieve afhandeling van geschillen beschermd te worden. Ten tweede noemt het BGH de bescherming van de belangen van de individuele verkoper. Hij dient in de gelegenheid te worden gesteld om maatregelen te treffen om zijn bewijspositie veilig te stellen en om eventuele schades af te kunnen wenden.

In de literatuur zien we een soortgelijke beschrijving van de aspecten die het bestaan van een onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper rechtvaardigen. Ook hier wordt onderscheiden in de bescherming van enerzijds het belang van het handelsverkeer en anderzijds de belangen van de individuele verkoper. Deze belangen van de verkoper kunnen volgens de literatuur onderverdeeld worden in het bewijsbelang van de verkoper, het belang dat de verkoper heeft bij schadevermindering of –vermijding en het belang dat de verkoper heeft bij de snelle afwikkeling van geschillen.

Uit het onderzoek komt duidelijk naar voren dat de belangen die de *professionele verkoper* heeft bij een tijdig ingesteld onderzoek en tijdig gemelde klacht eigen zijn aan zijn positie als professionele handelaar in een verkoopketen. Het argument dat als rechtvaardiging voor de onderzoeks- en klachtplichtregeling naar voren is gebracht dat ziet op de bescherming van het belang om voorschakels aan te kunnen spreken, is hier een duidelijk voorbeeld van. Bovendien spelen de naschakels van de professionele verkoper in de keten ook een belangrijke rol: typerend voor de handelskoop is immers het bestaan van een veelvoud aan kopers. Dat slechts de *professionele koper* belast mag worden met een onderzoeks- en klachtplicht wordt beargumenteerd door te stellen dat deze kopers voldoende kennis van zaken hebben, op de hoogte zouden moeten zijn van het bestaan van deze verplichtingen en dat zij in de verkoopketen waarschijnlijk ook de positie van verkoper innemen, waardoor zij juist weer profiteren van deze regeling.