



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 6

Ontstaansgeschiedenis en ratio van de klachtplicht van de koper in het Nederlandse recht

6.1 Inleiding

Voor de invoering in 1992 van art. 7:23 lid 1 in het huidige Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) kende het BW geen algemene wettelijke bepaling met betrekking tot de klachtplicht van de koper.⁸¹⁵ De overheersende visie aan het begin van de vorige eeuw was dat de koper niet meer over wanprestatie kon klagen wanneer de zaak was afgeleverd en zonder protest was aanvaard.⁸¹⁶ In de art. 1540 tot en met 1548 van het Oud Burgerlijk Wetboek van 1838 (hierna: OBW) was weliswaar een bijzondere regeling neergelegd omtrent de aansprakelijkheid van de verkoper, inclusief een bepaling over het klachtrecht⁸¹⁷ van de koper, maar deze zag slechts op *verborgen* gebreken aan de verkochte zaak.⁸¹⁸ Het artikel omtrent het klachtrecht van de koper behelsde een (zeer) korte *dagvaardingstermijn*. Deze regeling vond haar oorsprong in het Romeinse recht en beoogde de belangen van de verkoper en de koper in het geval van verborgen gebreken op een evenwichtige manier tegen elkaar af te wegen.⁸¹⁹ In de loop van de vorige eeuw is deze regeling beperkt tot de koop van *specieszaken*.⁸²⁰ Bij de invoering van het Nieuw BW

⁸¹⁵ De rechtspraak ontwikkelde, alleen voor wat betreft de genuskoop, daarentegen wel een regel voor de onderzoeks- en klachtplicht van de koper (zie *Asser/Hijma 7-I 2019/798*), zie hierna par. 6.4.2. Voor de specieskoop bestond art 1547 OBW, dat alleen in het geval van verborgen gebreken gold, zie hierna par. 6.2 en 6.3.

⁸¹⁶ *Asser/Hijma 7-I 2019/798*; P. Scholten, 'Onvoldoende levering en verborgen gebreken', *Overdr. uit: Weekblad voor privaatrecht, notarisambt en registratie*; 9, 16, 23 en 30 mei 1908, nos. 2002, 2003, 2004 en 2005 (ca. 1908), p. 4.

⁸¹⁷ Waarom hier gesproken wordt over een *klachtrecht* in plaats van een *klachtplicht*: zie hierna in par. 6.2.

⁸¹⁸ R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 2.

⁸¹⁹ J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 18 en 23; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill 1948, p. 267.

⁸²⁰ HR 16 mei 1952, ECLI:NL:HR:1952:300, *NJ* 1953/459, m.nt. Prof. Mr. Ph.A.N. Houwing (Sigarettenautomaten).

is deze regeling niet overgenomen.⁸²¹ Reden hiervoor was dat deze regeling als gevolg van latere ontwikkelingen niet meer aan haar oorspronkelijke strekking beantwoordde⁸²² en men van mening was dat de regeling de belangen van de verkoper te veel bevoordeelde ten opzichte van die van de koper.⁸²³ Gelijktijdig met de inperking van de verborgen-gebrekenregeling tot de verkoop van *specieszaken*, is in de rechtspraak voor de verkoop van *genuszaken* de onderzoeks- en klachtplicht van de koper ontwikkeld. Deze rechtspraak, die leidde tot het verlies van rechten aan kopers zijde, is gebaseerd op het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking.⁸²⁴

Algemeen wordt aangenomen dat de huidige algemene wettelijke regeling inzake de klachtplicht van de koper (neergelegd in art. 7:23 lid 1 BW) haar oorsprong vindt in het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking⁸²⁵, en niet in de regeling van art. 1547 OBW.⁸²⁶ Bij een eerste beschouwing kan dit verbazing wekken: het onderwerp van de beide bepalingen lijkt – althans

⁸²¹ TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 15.

⁸²² HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, NJ 1991/251 (Van Geest/Nederlof); R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 2.

⁸²³ J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 18; J.J. Verhoeven, 'De koper bedrogen. Over oude rechtsvragen en wijsheden die voorbijgaan', *NTBR* 2010/5, nr. 21, p. 3/17. Zie verder par. 6.3.

⁸²⁴ MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 152; MvA I, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 157; HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, NJ 2017/163 (Far Trading B.V./Edco Eindhoven B.V.). Zie par. 6.4.

⁸²⁵ MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 152 onder verwijzing naar Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 24-27; MvA I, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 157; HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, NJ 2017/163 (Far Trading B.V./Edco Eindhoven B.V.). Dat was ook al zo onder het OBW voor wat betreft de vorderingen die buiten het bereik van art. 1547 OBW vielen, zie bijvoorbeeld TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 317.

⁸²⁶ In de literatuur wordt in het kader van de oorsprong van art. 7:23 lid 1 BW nauwelijks verwezen naar art. 1547 OBW als zijnde de *voorganger* van het huidige recht. Verhoeven spreekt in deze slechts over de vervanging van de verborgen-gebrekenregeling door een geheel nieuwe regeling die sterk is geënt op het internationale kooprecht, zie J.J. Verhoeven, 'Verborgen gebreken bij koop', *Ars Aequi* 39 (1990) 9, p. 502. Volgens Hartkamp en De Boer zijn de art. 1527-1548 OBW niet in huidige kooptitel teruggekeerd, ook niet met een gewijzigde inhoud. A.S. Hartkamp en J. de Boer, 'Ontwikkeling van het kooprecht in de laatste 50 jaar', in: M.S. Bijleveld, P. Neleman, W.J.G. Oosterveen (red.), *Recht Vooruit. 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 52.

gedeeltelijk – te overlappen. Lezing van de parlementaire geschiedenis van boek 6 en 7 BW lijkt op sommige punten mee te brengen dat art. 1547 OBW de voorganger van art. 7:23 lid 1 BW is.⁸²⁷ Zo is met betrekking tot art. 6.1.8.14 (het huidige art. 6:89 BW, dat kan worden gezien als de algemene bepaling waarvan art. 7:23 lid 1 BW een verbijzondering is)⁸²⁸ opgemerkt:

“Door het onderzoek, onderscheidenlijk de mededeling aan de schuldenaar, achterwege te laten, beneemt de schuldeiser zich het recht om over de gebreken van de prestatie te klagen. In het thans geldende wetboek is dit beginsel alleen voor de verborgen gebreken bij speceskoop uitgesproken (artikel 1547 B.W.).”⁸²⁹

De verwarring die hierdoor kan ontstaan wordt in de MvA II bij art. 7:23 BW wel erkend:

“Men lette erop dat het driemanschap bij art. 6.1.8.14 zijn voorbeelden ook bij de koopovereenkomst heeft gezocht, overigens met een verwijzing naar art. 1547 B.W., die misverstand kan wekken; (...)”⁸³⁰

De huidige klachtplichtbepaling zoals die in 1992 is opgenomen in art. 7:23 lid 1 BW vindt haar oorsprong dus in de ongeschreven rechtsverwerking en is gebaseerd op de regelingen in de Haagse Koopwetten, die later zijn vervangen door artikelen 38 en 39 van het Weens Koopverdrag⁸³¹, die op hun

⁸²⁷ Zie bijvoorbeeld Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 156: *“In het huidige recht is de verborgen gebreken regeling eveneens aan een (zeer) korte termijn gebonden op straffe van verval van rechten.”* En: *“Niettemin zal ook in het nieuwe recht meer dan eens het geval voordoen dat de aangesproken verkoper zich met succes beroept op overschrijding van de termijn.”*

⁸²⁸ Zie verder par. 6.4.2. Art. 7:23 lid 1 BW komt voor gevallen van non-conformiteit in de zin van art. 7:17 BW in de plaats van 6:89 BW. Voor wat betreft de samenloop van art. 7:23 lid 1 en 6:89 BW geldt de exclusiviteitsregel: de bijzondere regel verdringt de algemene. Asser/Hijma 7-1 2019/27, 802 en 838.

⁸²⁹ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 317. Zie ook E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting derde gedeelte (boek 6)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1961, p. 556.

⁸³⁰ MvA II, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 152.

⁸³¹ Zie E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. 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);

beurt sterk zijn geïnspireerd op het Duitse handelsrecht.⁸³² Laatstgenoemde twee rechtssystemen zijn in de voorgaande delen besproken.

Ter beantwoording van de vraag of het huidige toepassingsgebied van de Nederlandse klachtplichtregeling bij koop wordt gerechtvaardigd door haar ontstaansgeschiedenis en ratio wordt in dit hoofdstuk, in aansluiting op de delen I en II van dit onderzoek, allereerst ingegaan op de Romeinsrechtelijke wortels van de verborgen-gebrekenregeling in het OBW (par. 2), waarna de reden van het vervolgens verdwijnen van deze regeling uit het BW besproken wordt (par. 3). In de daaropvolgende bespreking van de ontwikkeling van het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking onder het OBW naar de geschreven vormen hiervan in het NBW, wordt de oorsprong van het huidige art. 7:23 lid 1 BW belicht (par. 4). Daarop volgt een korte weergave van de (verdwijning van) het handelskooprecht als apart gecodificeerd rechtsgebied (par. 5.). Het hoofdstuk vervolgt met de bespreking van de ratio van het huidige klachtplichtartikel. Ingegaan wordt op de visie van de wetgever en de in de jurisprudentie en de doctrine naar voren gebrachte oordelen en standpunten (par. 6). Vervolgens wordt deze ratio in par. 7 nader beschouwd, mede in het licht van de ontstaansgeschiedenis. Het hoofdstuk sluit met een conclusie in par. 8. De toepassing van de Nederlandse klachtplichtregeling komt in het hier opvolgende hoofdstuk 7 aan de orde.

C. Jeloscsek, *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' in: R.I.V.F. Bertrams en F. Ferrari, *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.

⁸³² 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."

6.2 Romeinsrechtelijke wortels van verborgen gebreken regeling

In de art. 1540 tot en met 1548 OBW was door de wetgever een regeling neergelegd die zag op de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken. Deze artikelen waren een letterlijke vertaling van de artikelen 1641 tot en met 1649 van de Franse Code Civil uit 1804, die op hun beurt ontleend waren aan de Digesten.⁸³³

In de voorklassieke periode van het Romeinse recht gold in het algemene privaatrecht – het *ius civile* – het uitgangspunt dat de aanwezigheid van een gebrek dat tijdens de verkoop verborgen was voor de koper, voor risico van de koper kwam⁸³⁴ (op basis van het beginsel van *caveat emptor*⁸³⁵).⁸³⁶ Een van de belangrijkste wijzigingen op het beginsel van *caveat emptor* is voortgekomen uit het zogenaamde *ius honorarium* (het magistratenrecht), dat tot stand werd gebracht door de codificatie van maatregelen die werden getroffen door de zogenaamde *aediles curules* (magistraten die belast waren met de organisatie van en toezicht op het marktwezen, met name op het gebied van de handel in slaven en vee).⁸³⁷ Deze wijziging betrof de

⁸³³ J.J. Verhoeven, 'Verborgen gebreken bij koop', *Ars Aequi* 39 (1990) 9, p. 495; *Asser/Hijma 7-1* 2019/521.

⁸³⁴ J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 19.

⁸³⁵ Het beginsel van *caveat emptor* houdt in dat het aan de koper zelf is om bij het sluiten van de koop voldoende oplettendheid te betrachten om te voorkomen dat hij een gebrekkige zaak koopt. J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 20; K. Krzeminski, 'Ad Edictum Aedilium Curulium. De Romeinsrechtelijke grondslag van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken', *Ars Aequi* 54 (2005) 9, p. 693; *Asser/Hijma 7-1* 2019/522. Door de te kopen zaken te inspecteren, kon de koper zich beschermen tegen niet-verborgen gebreken. De risico's voor eventuele verborgen gebreken kwamen hiermee volledig voor rekening van de koper.

⁸³⁶ De verkoper kon echter op twee manieren wel aansprakelijk zijn voor ondeugdelijkheid van de verkochte zaken: ten eerste doordat de koper zich de afwezigheid van gebreken uitdrukkelijk liet garanderen (door een formele belofte), ten tweede doordat de verkoper op grond van het *ius civile* met de actie uit koop, de *actio empti*, jegens de koper aansprakelijk was voor gebreken indien er bij het sluiten van de overeenkomst sprake was geweest van *dolus* aan de zijde van de verkoper (bijvoorbeeld indien de verkoper op de hoogte was van gebreken maar die had verzwegen). In dat geval was de verkoper aansprakelijk voor alle schade geleden door de koper als gevolg van het gebrek. J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 20.

⁸³⁷ J.J. Verhoeven, 'Verborgen gebreken bij koop', *Ars Aequi* 39 (1990) 9, p. 495. Slavenhandelaren hadden in de Romeinse samenleving een uitzonderlijk slechte reputatie. Het waren, volgens Verhoeven, de autohandelaren van de oudheid. J.J.

verplichting van de verkoper om bepaalde onvolkomenheden van de slaaf ten tijde van de verkoop duidelijk mede te delen.⁸³⁸ Deed hij dit niet, dan kon de koper de verkoper aansprakelijk stellen.⁸³⁹ Deze regeling is ontwikkeld tot een regeling die de koper uiteindelijk een vergaande bescherming bood. Zelfs indien de verkoper niet op de hoogte was van het gebrek, zodat hij dat ook niet had kunnen vermelden, kon de koper tegen de verkoper ageren. De goede trouw van de verkoper stond zijn aansprakelijkheid derhalve niet in de weg.⁸⁴⁰ Deze aansprakelijkheid gold evenwel niet voor zichtbare gebreken: de regeling werd slechts toegepast op die ziekten en gebreken die de koper niet kende of althans niet kon kennen.⁸⁴¹ Voorts was zij, gelet op de competentie van de *aediles*, beperkt tot koopovereenkomsten die op de markt waren gesloten.⁸⁴² Met de belangen van de verkoper hielden de *aediles curules* onder andere rekening door zijn aansprakelijkheid in de tijd te beperken: relatief korte verjaringstermijnen voor het instellen van de rechtsvorderingen verhinderden dat de verkoper nog lange tijd na de koop, op een moment dat hij daarmee geen rekening meer hoefde te houden, door de koper werd aangesproken.⁸⁴³ De reden waarom de *aediles curules* zo sterk opkwamen

Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 20; K. Krzeminski, 'Ad Edictum Aedilium Curulium. De Romeinsrechtelijke grondslag van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken', *Ars Aequi* 54 (2005) 9, p. 694. Dit verklaart wellicht de ontwikkeling van de kopersvriendelijke maatregelen op het gebied van de verborgen gebreken, 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. 249-257.

⁸³⁸ Asser/Hijma 7-1 2019/522.

⁸³⁹ J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 20. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de rechtsmiddelen die de koper kon inzetten tegen de verkoper, en de ontwikkeling van deze rechtsmiddelen: J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006; J.J. Verhoeven, 'Verborgen gebreken bij koop', *Ars Aequi* 39 (1990) 9, p. 496-500; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill 1948, p. 183-433.

⁸⁴⁰ J.J. Verhoeven, 'Verborgen gebreken bij koop', *Ars Aequi* 39 (1990) 9, p. 496.

⁸⁴¹ J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill 1948, p. 267; J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 22.

⁸⁴² J.J. Verhoeven, 'Verborgen gebreken bij koop', *Ars Aequi* 39 (1990) 9, p. 495.

⁸⁴³ J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 22. De verjaringstermijnen van resp. 6 maanden (voor het instellen van de *actio redhibitoria*) en één jaar (voor het instellen van de *actio quanti minoris*) waren zeer kort in vergelijking met het gemene civiele recht: dat bevatte lang helemaal geen verjaringstermijnen en op het moment dat die wel werden ingevoerd

voor de belangen van kopers van slaven en vee is gelegen in de kwaliteit van deze kopers: dat waren immers de rijken. De *aediles* zélf werden verkozen uit de rijke families, waardoor hun eigen belang bij het ontwikkelen van de (zij het tot verkopen op de markt beperkte) bescherming van deze kopers niet moeilijk te ontdekken is.⁸⁴⁴ De vraag waarom de *aediles* dan tevens beslisten dat er op deze bescherming van de kopers (zeer) korte verjaringstermijnen van toepassing waren, is lastig te beantwoorden. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat het gemene Romeinse civiele recht het *consensualisme* als uitgangspunt kende, wat wil zeggen dat het partijen vrij stond in welke vorm dan ook afspraken met elkaar te maken. Het opleggen van aansprakelijkheid voor (verborgen) gebreken aan de verkoper zonder dat partijen daar expliciete afspraken over hebben gemaakt, kan dan in strijd met dit gemene recht worden gezien. De korte verjaringstermijnen trachtten deze disbalans mogelijk enigszins te herstellen.⁸⁴⁵

Later is de toepassing van het klassieke *aedilenrecht* – dat slechts van toepassing was op marktverkopen (en dan met name de verkoop van vee en slaven) – vergroot onder het Justiniaanse recht: hierbij is het *aedilenrecht* uitgebreid tot de koop van alle zaken, ongeacht of deze op of buiten de markt werden afgesloten.⁸⁴⁶ Onder de Code Civil en het daarvan afgeleide OBW werd de aansprakelijkheid van de verkoper iets teruggebracht: de verkoper stond weliswaar ook in voor gebreken die hij niet kende (art. 1542 OBW), maar slechts indien de verkoper het gebrek kende, had de koper recht op vergoeding van zijn *volledige* schade (art. 1544 OBW); bovendien werd het

bedroegen die 30 jaar, 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. 255.

⁸⁴⁴ 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. 256.

⁸⁴⁵ 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. 257.

⁸⁴⁶ J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill 1948, p. 269; J.J. Verhoeven, 'Verborgen gebreken bij koop', *Ars Aequi* 39 (1990) 9, p. 500; *Asser/Hijma* 7-1 2019/523. Zie voor een beschrijving van de ontwikkeling van de korte vervaltermijn bij koop in het Romeinse recht 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. 248-257.

recht van de koper aan een korte termijn gebonden (art. 1547 OBW).⁸⁴⁷ Zo werd getracht de belangen van de verkoper en die van de koper weer in een evenwichtiger verband te brengen.

Met betrekking tot het klachtrecht⁸⁴⁸ van de koper bij verborgen gebreken voorzagt art. 1547 OBW uiteindelijk in de volgende bepaling:

“De regtsvordering, voortvloeiende uit gebreken die de vernietiging van den koop tot gevolg hebben, moet door den koper aangelegd worden binnen eenen korten tijd, overeenkomstig den aard dier gebreken, en met inachtneming der gebruiken van de plaats alwaar de koop gesloten is.”

Deze regeling voorziet dus in een *dagvaardingstermijn* waarbinnen de koper zijn vordering jegens de verkoper aanhangig diende te maken, niet in een klachttermijn zoals we die kennen van bijvoorbeeld art. 7:23 lid 1 BW. De ratio van art. 1547 OBW werd door de Rechtbank Rotterdam als volgt omschreven:

*“De strekking van dit artikel is om, waar de verkoper het verkochte niet meer in zijn macht heeft en dus niet meer ervoor kan zorgen, hem te beveiligen tegen de nadeelige gevolgen van hoogst onzekere en moeilijke procedures betreffende de vraag of de koper na ontvangst van de zaak wel de noodige zorg eraan heeft besteed en in dit verband daarmee, of het beweerd verborgen gebrek wel bestond tijdens de levering en of het niet later ontstaan is.”*⁸⁴⁹

⁸⁴⁷ In de rechtspraak is die termijn bij de verkoop van vee vastgesteld op 6 weken. Bij andere zaken kwamen wel andere termijnen voor. J.J. Verhoeven, ‘Verborgen gebreken bij koop’, *Ars Aequi* 39 (1990) 9, p. 501. Zie ook: S. van Brakel, ‘Over de termijn van art. 1547 BW’, *Themis* 1926, p. 349.

⁸⁴⁸ Men spreekt hier over klachtrecht aangezien bij de invoering van deze bepaling in het OBW het feitelijk aannemen van de aangeboden zaken, in tegenstelling tot het daarvoor geldende gemene recht, niet ten gevolge had dat de koper de bevoegdheid verloor om over het aangeboden te klagen en de uit wanprestatie voortvloeiende rechten uit te oefenen. Zie *Asser/Hijma 7-1* 2019/798.

⁸⁴⁹ Rechtbank Rotterdam 29 oktober 1913, ECLI:NL:RBROT:1913:50, *NJ* 1914/2, p. 1184 (Handelsvennootschap onder de firma J. en W. Staart, kooplieden in netten en touwen / J. Goudappel Jz., reeder).

6.3 Van bijzondere naar algemene regels

De *lex specialis* voor de verborgen gebreken bij koop was, zoals hierboven uiteengezet, oorspronkelijk opgenomen in het OBW ter bescherming van de belangen van de koper.⁸⁵⁰ In het huidige BW is deze bepaling echter niet in deze vorm teruggekeerd, omdat men van mening was dat de regeling de belangen van de verkoper te veel bevoordeelde ten opzichte van die van de koper, met name door de korte termijn die aan de koper werd gegund om tegen de verkoper te ageren.⁸⁵¹ De verborgen gebrekenregeling beantwoordde als gevolg van latere ontwikkelingen niet meer aan de oorspronkelijke strekking⁸⁵² – de bescherming van de belangen van de koper – en verwerd, in de woorden van Scholten, van een aanvalsmiddel voor een gedupeerde koper tot een verdedigingsmiddel tegen hem.⁸⁵³

De ontwikkelingen die de veranderde visie op de verborgen gebrekenregeling kunnen verklaren, zijn gelegen in de ontwikkeling van het leerstuk van de wanprestatie. De aanwezigheid van een verborgen gebrek werd ten tijde van de totstandkoming van het OBW niet beschouwd als een vorm van wanprestatie, zodat de koper een vordering niet op die rechtsgrond kon baseren maar louter op de regeling van art. 1540-1547 OBW.⁸⁵⁴ Verkopers die op de hoogte waren van verborgen gebreken waren op grond van art. 1544 OBW aansprakelijk voor de gehele schade die de koper door de gebrekkige zaak had geleden; verkopers die niet op de hoogte waren, en dus

⁸⁵⁰ HR 3 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB6751, *NJ* 1970/252, m.nt. G.J. Scholten (Drankautomaten); R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 2.

⁸⁵¹ Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw werd er steeds meer kritiek geuit op deze regeling, zie J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen XXIII/2006*, p. 18; J.J. Verhoeven, 'De koper bedrogen. Over oude rechtsvragen en wijsheden die voorbijgaan', *NTBR* 2010/5, nr. 21, p. 3/17.

⁸⁵² HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, *NJ* 1991/251 (Van Geest/Nederlof); R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 2.

⁸⁵³ Zie G.J. Scholten in zijn noot bij HR 3 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB6751, *NJ* 1970/252, (Drankautomaten).

⁸⁵⁴ J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen XXIII/2006*, p. 34. Deze opvatting heeft tot de eerste helft van de 20^e eeuw standgehouden. Zie ook P. Scholten, 'Onvoldoende levering en verborgen gebreken', *Overdr. uit: Weekblad voor privaatrecht, notarisambt en registratie; 9, 16, 23 en 30 mei 1908, nos. 2002, 2003, 2004 en 2005* (ca. 1908), p. 242; E.M. Meijers in zijn noot bij HR 27 juni 1941, ECLI:NL:HR:1941:24, *NJ* 1941/781 (Versche koe).

te goeder trouw, konden op grond van art. 1543 OBW slechts aansprakelijk worden gesteld tot hooguit de koopprijs van de verkochte zaak.⁸⁵⁵ Hoewel de aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw dus beperkt was, bood deze regeling de koper in het geval van een verborgen gebrek een bescherming die hij op basis van de algemene wanprestatieregeling niet genoot.⁸⁵⁶ Geleidelijk echter is het inzicht doorgedrongen dat de verkoper (ook) wanprestatie pleegt indien de zaak door een verborgen gebrek of anderszins niet de eigenschappen heeft die de koper daarvan mocht verwachten.⁸⁵⁷ Met andere woorden: de definitie van wat wanprestatie is, werd uitgebreid. Dat leidde ertoe dat de eiser die zijn vordering op de verborgen-gebrekenregeling grondde, een slechtere positie had wanneer hij zijn vordering op wanprestatie zou baseren. Op grond van wanprestatie kon de koper namelijk te allen tijde vergoeding vorderen van de gehele schade, terwijl de eiser die uit verborgen gebreken ageerde slechts volledige schadevergoeding kon vorderen indien de verkoper te kwader trouw was geweest. Bovendien gold bij een actie op grond van wanprestatie een verjaringstermijn van 30 jaar, terwijl de vordering uit verborgen gebreken binnen een korte termijn moest worden ingesteld (art. 1547 OBW).⁸⁵⁸ Met name deze vervaltermijn van art. 1547 OBW vormde een valstrik voor de koper die daar niet op was bedacht.⁸⁵⁹ De bijzondere regeling van de verborgen-gebrekenregeling werd dan ook door de veranderde opvatting over wat wanprestatie is, ingehaald.⁸⁶⁰ Met andere woorden: door een verandering van inzicht in de betekenis van de algemene regeling (i.c. de wanprestatie),

⁸⁵⁵ J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 34.

⁸⁵⁶ Problematisch is echter, dat onder het oude recht nauwelijks aandacht is besteed aan de vraag wat naar oud recht nu onder 'wanprestatie' werd verstaan, zie uitgebreid hierover P. Klik, *Conformiteit bij koop*, Deventer: Kluwer 2008, p. 228-229.

⁸⁵⁷ J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 35. Zie ook HR 29 januari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5082, NJ 1971/221, mt nt G.J. Scholten (Wasautomaten): "...dat echter bij een overeenkomst tot levering van slechts naar de soort bepaalde zaken, zoals de Rb. voor ogen stond, ook van wanprestatie sprake kan zijn, indien de geleverde zaken, al verschillen zij niet van andere tot die soort behorende zaken, niet aan de overeenkomst beantwoorden, omdat zij niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten; dat de Rb. mitsdien is uitgegaan van een te enge opvatting van hetgeen in een geval als dit als wanprestatie kan worden aangemerkt, ..."

⁸⁵⁸ J.J. Verhoeven, 'Verborgen gebreken bij koop', *Ars Aequi* 39 (1990) 9, p. 501-502.

⁸⁵⁹ H.K. Koster, 'annotatie bij het Drankenautomaatarrest', *AA* 1971, p. 440-460; *Asser/Hijma* 7-1 2019/521.

⁸⁶⁰ C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1984, p. 23.

ondergaat deze een uitbreiding waardoor zij een verdergaande bescherming biedt dan de bijzondere regeling.⁸⁶¹ Voor zover deze bijzondere regeling een exclusief karakter zou hebben en dus zou derogeren aan de algemene regeling, zou het oorspronkelijke beschermingskarakter van die bijzondere regeling in zijn tegendeel verkeren.⁸⁶² In het – zeer omstreden⁸⁶³ – ‘Verse koe’-arrest bepaalde de Hoge Raad dat de verborgen-gebrekenregeling als *lex specialis* inderdaad derogeerde aan de algemene regeling van de wanprestatie:⁸⁶⁴ wanneer een van de partijen een beroep deed op de verborgen-gebrekenregeling, kon geen vordering uit wanprestatie worden ingesteld.⁸⁶⁵

De kritiek op de regeling van de verborgen gebreken en dan met name op art. 1547 OBW hield aan.⁸⁶⁶ In 1952 heeft de Hoge Raad met het Sigarettenautomaat-arrest de werking van deze regeling uitdrukkelijk beperkt door te bepalen dat deze slechts gold in het geval van verborgen gebreken bij *specieskoop* en niet op de (inmiddels) veel vaker voorkomende *genuskoop*.⁸⁶⁷ De Hoge Raad besliste in zijn Drankautomatenarrest van 3 april 1970

⁸⁶¹ Zie HR 3 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB6751, *NJ* 1970/252, m.nt. G.J. Scholten (Drankautomaten): *Dat naast deze bijzondere regeling (de verborgen-gebrekenregeling – ST) de algemene beginselen van het contractenrecht zich intussen aldus hebben ontwikkeld, dat in geval van verborgen gebreken degeen die recht heeft op levering van een zaak, krachtens deze beginselen thans in het algemeen een bescherming geniet, die aan minder beperkingen is onderworpen dan de bescherming die wordt geboden door de artt. 1540-1548.*

⁸⁶² C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1984, p. 23.

⁸⁶³ Zie K. Krzeminski, ‘Ad Edictum Aedilium Curulium. De Romeinsrechtelijke grondslag van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken’, *Ars Aequi* 54 (2005) 9, p. 705.

⁸⁶⁴ HR 27 juni 1941, ECLI:NL:HR:1941:24, *NJ* 1941/781, m.nt. E.M. Meijers (Verse koe).

⁸⁶⁵ De rechter kon niet ambtshalve een beroep op de regeling doen, zie HR 15 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC4399, *NJ* 1986/213, mt. nt. W.C.L. van der Grinten (Stavenuit/Oosterbaan); K. Krzeminski, ‘Ad Edictum Aedilium Curulium. De Romeinsrechtelijke grondslag van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken’, *Ars Aequi* 54 (2005) 9, p. 705.

⁸⁶⁶ J.J. Verhoeven, ‘Het gelijk der curulische aedilen’, *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 35-37.

⁸⁶⁷ HR 16 mei 1952, ECLI:NL:HR:1952:300, *NJ* 1953/459, m.nt. Prof. Mr. Ph.A.N. Houwing (Sigarettenautomaten). Volgens G.J. Scholten in zijn noot bij een later arrest (HR 29 januari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5082, *NJ* 1971/221 (Wasautomaten)) is dat maar goed ook: *‘Daarna heeft de HR de verborgen-gebrekenregeling voortdurend teruggedrongen, althans in haar exclusiviteit; m.i. zeer gelukkig al was het alleen al om de hoogst bedenkelijke vervaltermijn van 1547 BW.(...) De verborgen-gebrekenregeling is er een voor paarden en koeien maar moet, gezien haar ongelukkige termijn zo ver mogelijk worden teruggedrongen, speciaal in haar exclusiviteit.’*

uitdrukkelijk dat de regeling van de verborgen gebreken bij koop door de ontwikkeling van het leerstuk van de wanprestatie ‘in plaats van overeenkomstig haar strekking in de eerste plaats de koper te beschermen, hoofdzakelijk tot een beschermende regeling van de verkoper is geworden’.⁸⁶⁸ Volgens Hijma is het met name de aanwezigheid van de ‘botte bijl’ van art. 1547 OBW geweest, die ertoe heeft geleid dat de reikwijdte van de verborgen-gebrekenregeling in rechtspraak en doctrine beperkt is gehouden.⁸⁶⁹

Zoals gezegd, is de verborgen-gebrekenregeling in het nieuwe BW niet opgenomen.⁸⁷⁰ In de plaats daarvan kwam de algemene conformiteitseis, neergelegd in art. 7:17 BW,⁸⁷¹ waarbij het onderscheid tussen species- en genuszaken en het onderscheid tussen verborgen en niet-verborgen gebreken vervielen. Tevens werd in het nieuwe BW een algemene regeling met betrekking tot de klachtplicht voor kopers opgenomen, art. 7:23 lid 1 BW, die haar oorsprong vindt in het leerstuk van de rechtsverwerking.⁸⁷² Deze oorsprong wordt hieronder besproken.

⁸⁶⁸ HR 3 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB6751, *NJ* 1970/252, met nt G.J. Scholten (Drankautomaten) (Technische Handelsonderneming Vanandel NV/ C.P. Fabrieken NV).

⁸⁶⁹ *Asser/Hijma 7-1* 2019/524. Zie tevens J.J. Verhoeven, ‘De koper bedrogen. Over oude rechtsvragen en wijsheden die voorbijgaan’, *NTBR* 2010/5, nr. 21, p. 6/17.

⁸⁷⁰ M.M. van Rossum, ‘De samenloop van de acties uit verborgen gebreken, wanprestatie en dwaling bij koop van een bepaalde zaak naar geldend recht’, in: E.H. Hondius, C.C. van Dam (red.), *Het Nieuw BW in Perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 274. Zie ook HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, *NJ* 1991/251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 4.2: *De verborgen gebrekenregeling, die ertoe strekt de koper een bijzondere bescherming te geven, beantwoordt als gevolg van latere ontwikkelingen niet meer aan die strekking en vervalt dan ook in titel 7.1 NBW*. Tevens: J.J. Verhoeven, ‘De koper bedrogen. Over oude rechtsvragen en wijsheden die voorbijgaan’, *NTBR* 2010/5, nr. 21, p. 5/17.

⁸⁷¹ Zie voor een uitgebreide bespreking van de wanprestatie onder het oude recht en de conformiteitseis bij koop onder het nieuwe recht: P. Klik, *Conformiteit bij koop*, Deventer: Kluwer 2008.

⁸⁷² MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 152; MvA I, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 157; HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *NJ* 2017/163 (Far Trading B.V./Edco Eindhoven B.V.).

6.4 Oorsprong van art. 7:23 lid 1 BW: leerstuk van de rechtsverwerking

Het huidige artikel dat in de kooptitel van boek 7 BW de onderzoeks- en klachtplicht van de koper behelst, is – zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 12 december 2014 heeft bevestigd – een specifieke, in de wet geregelde vorm van rechtsverwerking.⁸⁷³ Het algemene rechtsverwerkingsleerstuk, gebaseerd op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, is als zodanig niet in de wet opgenomen.⁸⁷⁴

Hieronder komt allereerst de ontwikkeling van de rechtsverwerking als ongeschreven leerstuk in het algemeen aan de orde, waarna de ontwikkeling van de onderzoeks- en klachtplicht van de koper van ongeschreven leerstuk naar de huidige wettelijke vorm van art. 7:23 lid 1 BW wordt behandeld.

⁸⁷³ HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *NJ* 2017/163 (Far Trading B.V./Edco Eindhoven B.V.), r.o. 5.6.3: “*De art. 6:89 en 7:23 BW moeten immers opgevat worden als specifieke, in de wet geregelde vormen van rechtsverwerking.*” Andere voorbeelden van wettelijke rechtsverwerking zijn: art. 6:89 BW (m.b.t. gebrekkige prestaties in het algemeen verbintenissenrecht), art. 7:222 BW (m.b.t. het huurrecht), art. 7:356 BW (m.b.t. pacht), art. 7:7510 lid 2 BW (m.b.t. pakketreizen), art. 7:758 lid 3 BW (m.b.t. de aanneming van werk) en art. 8:492 BW (m.b.t. het goederenvervoer per zeeschip). Naast de redelijkheid en billijkheid en de wet, kan rechtsverwerking ook haar grondslag vinden in een contract: partijen kunnen overeenkomen dat bepaalde gedragingen (een doen of een nalaten) tot het verwerken van rechten kunnen leiden (contractuele rechtsverwerking), zie R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 49. De opname van de wettelijke rechtsverwerkingsbepalingen heeft het algemene rechtsverwerkingsleerstuk flink in belang doen afnemen, zie R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 2.

⁸⁷⁴ Dit is wel overwogen, maar de minister zag ervan af ‘omdat het niet doenlijk is te dien aanzien algemene regels te geven, nog afgezien daarvan of men hier wel een apart leerstuk moet erkennen’. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6)*, p. 1045. Volgens Schrage is het inderdaad niet eenvoudig om hier de *species* (rechtsverwerking) van het *genus* (derogerende werking) te onderscheiden. E.J.H. Schrage, ‘Rechtsverwerking en gerechtvaardigd vertrouwen’, *VrA* 2006/2, p. 74. In latere parlementaire stukken wordt rechtsverwerking wel als leerstuk erkend: MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 671.

6.4.1 De ontwikkeling van rechtsverwerking als ongeschreven leerstuk

Rechtsverwerking kent een lange historie.⁸⁷⁵ In oudere rechtspraak werd rechtsverwerking meestal geconstrueerd als een vorm van stilzwijgende afstand van recht.⁸⁷⁶ Men ging ervan uit dat een recht slechts krachtens de wil van de rechthebbende of krachtens een wetsbepaling teniet kon gaan. Dit valt te verklaren doordat de ontwikkeling van het leerstuk van de rechtsverwerking voor een belangrijk gedeelte plaats heeft gevonden in een tijd waarin de rechter zich aanmerkelijk strenger aan de wet gebonden achtte dan hij nu doet.⁸⁷⁷ Op grond van een strikte toepassing van de wet, kon de rechter tot aan de eerste helft van de vorige eeuw, ook als hij van oordeel was dat een rechthebbende zich zodanig had gedragen dat (verdere) uitoefening van zijn rechten onaanvaardbaar zou zijn, die uitoefening alleen afwijzen indien die zou vallen onder enig rechtsfeit waaraan de wet het tenietgaan van dat recht verbond. De wet bevatte echter nergens een aanknopingspunt voor de rechtsverwerking als zelfstandige wijze van verlies van rechten. Daarom zag de rechtspraak zich doorlopend gesteld voor de vraag onder welke uit de wet voortvloeiende gronden voor het tenietgaan van rechten de rechtsverwerking in het voorliggende geval kon worden gebracht. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad tot 1952 kwam slechts de wilsvertrouwensleer als grond voor rechtsverwerking in aanmerking. Onder deze rechtspraak hield rechtsverwerking in dat de rechthebbende zijn recht verloor doordat hij heeft doen blijken het recht niet (meer) te willen hebben of doordat de wederpartij daarop mocht vertrouwen.⁸⁷⁸ Opvallend is dat het

⁸⁷⁵ Als oudste uitspraak over rechtsverwerking wordt vaak genoemd Hof Zuid-Holland, 21 februari 1870, W.3212, handelend over verlies van het klachtrecht van de koper; althans, daar werd voor het eerst de term ‘verwerken’ gebruikt. A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, Amsterdam: Scheltema & Holkema’s Boekhandel 1928, p. 3.

⁸⁷⁶ *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2018/424*; R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 10, 11. Zie Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, `s-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 2-7 voor een overzicht van de jurisprudentie van de Hoge Raad tot 1952.

⁸⁷⁷ Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, `s-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 1.

⁸⁷⁸ Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, `s-Gravenhage:

merendeel van deze jurisprudentie betrekking heeft op de verwerking van de uit wanprestatie door de ene contractspartij voor de andere partij voortvloeiende rechten. Deze vorm van rechtsverwerking werd volgens Houwing veelal niet erg zuiver als verwerking van het ‘reclamerecht’ of ‘klachtrecht’ aangeduid.⁸⁷⁹

Eerst in 1952⁸⁸⁰ heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk naast de wil van de rechthebbende de goede trouw als grondslag van de rechtsverwerking erkend: rechtsverwerking houdt in, dat zekere gedragingen van de rechthebbende maken, dat verdere uitoefening van zijn recht in strijd komt met de goede trouw (later de redelijkheid en billijkheid genoemd). Met name in zijn arresten van 19 mei 1967 (Saladin / HBU)⁸⁸¹ en van 20 februari 1976 (Pseudovogelpest)⁸⁸² heeft de Hoge Raad erkend dat de goede trouw een

Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 1. Houwing heeft daartegen ingebracht, dat als men nagaat welke overwegingen in het algemeen aan gedragingen van een crediteur ten grondslag liggen, de wil om afstand te doen van zijn recht wel de onwaarschijnlijkste is. Tevens beargumenteerde hij dat de constructie van rechtsverwerking als afstand van recht niet met de vertrouwensleer te rechtvaardigen is, omdat in vele gevallen de wederpartij van het bestaan van een recht niet weet en er reeds daarom van een vertrouwen in de wil van de rechthebbende om afstand van zijn recht te doen geen sprake is, zie p. 13 en 22 van het preadvies. Zie R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 11 voor een opsomming van de kritiek op deze visie vanuit de literatuur.

⁸⁷⁹ Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 2.

⁸⁸⁰ HR 14 november 1952, ECLI:NL:HR:1952:173, NJ 1953/135 (Maaskant/De Oude). Dit is het eerste arrest waarin de Hoge Raad *uitdrukkelijk* de beperkende werking van de goede trouw als grondslag voor rechtsverwerking heeft aangenomen (naast de mogelijkheid dit op grond van afstand van recht te doen). Vóór dit arrest waren er wel enkele arresten aan te wijzen die van een enigszins andere opvatting uitgingen dan de heersende opvatting dat rechtsverwerking gegrond was op het leerstuk van afstand van recht, zie Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 1. Tjittes en Boom geven aan dat in een aantal, voor die tijd zeer moderne, uitspaken in de jaren twintig en dertig van de twintigste eeuw rechtsverwerking rechtstreeks is gebaseerd op de beperkende werking van de goede trouw, maar dat de rechtspraak na deze ook voor de rechtsverwerking ‘roaring twenties’ weer het spoor van de stilzwijgende afstand van recht volgde: R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 11.

⁸⁸¹ HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, NJ 1967/26 (Saladin/HBU).

⁸⁸² HR 20 februari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5695, NJ 1976, 486 (Pseudovogelpest).

‘beperkende werking’ kan hebben.⁸⁸³ Daardoor kunnen rechten onder bepaalde omstandigheden niet meer uitgeoefend worden.⁸⁸⁴ Sinds de jaren zestig van de twintigste eeuw wordt de rechtsverwerking als een uitwerking van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid beschouwd.⁸⁸⁵ Lagere rechters lieten in die tijd soms de grondslag voor de rechtsverwerking in het midden, waarna de Hoge Raad naar aanleiding van een klacht in cassatie de beperkende werking van de goede trouw als grondslag koos.⁸⁸⁶ In het nieuw Burgerlijk Wetboek is de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid expliciet gecodificeerd in de art. 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW; de rechtsverwerking als algemeen leerstuk bleef daarentegen ongecodificeerd.

6.4.2 Van ongeschreven rechtsverwerking naar wettelijke vorm: art. 7:23 lid 1 BW

Terug naar de klachtplicht van de koper ex art. 7:23 lid 1 BW als wel gecodificeerde uitwerking van het leerstuk van de rechtsverwerking.⁸⁸⁷ Hoe heeft de ontwikkeling van het verlies van rechten van de koper op grond van

⁸⁸³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2018/411.

⁸⁸⁴ Bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid moet volgens de Hoge Raad terughoudendheid worden betracht: Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, *NJ* 1998/363 (Apeldoorn/Duisterhof (Kinderdagverblijf Snoopy)); HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7381, *NJ* 2002/284 (Poelstra/Bettman Transport & Expeditie B.V); HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4151, *NJ* 2005/271 (AmptiLL BV/Weggelaar). Volgens de wetgever dient dit ook bij het aanvaarden van een beroep op rechtsverwerking te gebeuren: MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 68 en EV I, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 75.

⁸⁸⁵ R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 1. Ook de wetgever is van mening dat rechtsverwerking ‘een van de belangrijkste toepassingen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid’ is, zie MvA, Boek 6, p. 69. Zie in deze Schoordijk: “Historisch heeft de stilzwijgende afstand van recht aan de wortel gestaan van de rechtsverwerking, wij zijn thans zover, dat wij de stilzwijgende afstand van recht ontmaskerd hebben als een fictie.” H.C.F. Schoordijk, *Rechtsverwerking*, Deventer: Kluwer 1991, p. 33.

⁸⁸⁶ R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 12. Zie bijvoorbeeld het arrest HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968: AB6996, *NJ* 1968/251 (Pekingenden), dat geheel in het teken van de beperkende werking van de goede trouw staat.

⁸⁸⁷ MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 152; MvA I, *Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 157. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2018/430.

het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking naar een specifieke wettelijke vorm bij koop plaatsgevonden?

Zoals bleek uit de vorige paragraaf, zijn de leerstukken met betrekking tot de acties van de koper in geval van gebreken alsmede het klachtrecht aan de zijde van de koper vanaf het Romeinse recht ontwikkeld binnen het kader van de koop van *specieszaken*. De vraag aan de hand van welke maatstaf bij *soortzaken* moest worden bepaald of sprake was van wanprestatie werd onder het oude recht in Nederland nauwelijks gesteld.⁸⁸⁸ Pas in 1952 werd duidelijk dat de verborgen gebreken regeling niet gold voor de koop van soortzaken.⁸⁸⁹ In 1971 maakte de Hoge Raad duidelijk dat bij een overeenkomst tot levering van slechts naar de soort bepaalde zaken ook van wanprestatie sprake kan zijn indien de geleverde zaken ‘niet aan de overeenkomst beantwoorden, omdat zij niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten’.⁸⁹⁰

Naar oud recht gold ten aanzien van deze soortzaken aanvankelijk de rechtsfiguur van de ‘aanvaarding’: indien de koper de zaken aanvaard had, had hij in beginsel geen rechtsmiddelen meer tot zijn beschikking.⁸⁹¹ Na circa 1915 wordt deze zienswijze verlaten.⁸⁹² De koper van soortzaken zou niet onmiddellijk na feitelijke aflevering van de gekochte zaak zijn recht om te klagen over wanprestatie moeten verliezen, maar zijn reclamerecht zou ook niet te lang uitgeoefend mogen worden. Bij de levering van, veelal grotere

⁸⁸⁸ P. Klik, *Conformiteit bij koop*, Deventer: Kluwer, 2008, p. 228. Zoals Klik daar ook terecht zegt, zijn (hand)boeken op het gebied van de handelskoop zeer schaars en wordt de handelskoop in de boeken over het handelsrecht nauwelijks besproken, al helemaal niet in het kader van de wanprestatie. Zie hieromtrent ook al Versteegen, die stelt: “Ongewenscht was het ook, dat de handboeken tot voor kort steeds zwegen over de talrijke, dikwijls zeer moeilijk te beslissen, rechtsvragen, waartoe het klachtrecht bij den genuskoop reeds jaren lang had aanleiding gegeven.” A.J. Versteegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 125.

⁸⁸⁹ HR 16 mei 1952, ECLI:NL:HR:1952:300, *NJ* 1953/459, m.nt. Prof. Mr. Ph.A.N. Houwing (Sigarettenautomaten).

⁸⁹⁰ HR 29 januari 1971, ECLI:NL:PHR:1971:AC5082, *NJ* 1971/221, m.nt. G.J. Scholten (Wasautomatenarrest) (Olde Wolbers/Electrotechniek).

⁸⁹¹ P. Scholten, ‘Onvoldoende levering en verborgen gebreken’, *Overdr. uit: Weekblad voor privaatrecht, notarisambt en registratie; 9, 16, 23 en 30 mei 1908, nos. 2002, 2003, 2004 en 2005* (ca. 1908), p. 217, 229, 241, 257; A.J. Versteegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 126, 134.

⁸⁹² *Asser/Hijma 7-1* 2019/798.

hoeveelheden, naar de soort bepaalde zaken werd van de koper verwacht dat hij direct na ontvangst daarvan onderzocht of aan hem de juiste hoeveelheid en soort was afgeleverd en of er zichtbare gebreken waren. Het enkele in ontvangst nemen van de zaken betekende dus niet langer dat de koper de verkochte zaken accepteerde in de staat waarin ze werden geleverd. Bleken er gebreken aan de zaken te kleven, dan moest hij zijn verkoper daarvan binnen een (zeer) korte termijn op de hoogte stellen.⁸⁹³ In een omvangrijk en, naar later bleek, zeer invloedrijk artikel pleit Verstegen voor de toepasselijkheid van het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking op het verlies van het klachtrecht van de koper bij soortzaken. Hij noemt verscheidene argumenten die zouden kunnen rechtvaardigen waarom een koper na een korte tijd zijn klachtrecht – anders dan op grond van afstand van recht – kan verliezen.⁸⁹⁴ Te denken valt hierbij aan het feit dat verkoper geleverde waar na (geruim) tijdsverloop dient terug te nemen, de afname van de betrouwbaarheid van de bewijslevering omtrent de gebreken of het feit dat het handelsverkeer geschaad kan worden wanneer opvolgende schakels in een verkoopketen vorige schakels nog geruime tijd kunnen aanspreken op grond van niet eerder gemelde gebreken. Uiteindelijk stelt Verstegen het volgende:

*“Al deze motieven saamgevat, is de rechtsgrond van het verlies van klachtrecht, anders dan door afstand, deze, dat – daar overeenkomsten naar billijkheid en goede trouw moeten worden uitgevoerd – de koper rekening heeft te houden met de op spoedige zekerheid gerichte belangen des verkopers in het bijzonder en der gemeenschap in het algemeen; daarom heeft de koper tot taak het geleverde met bekwamen spoed en zorg te onderzoeken en zijn eventuele klachten spoedig kenbaar te maken.”*⁸⁹⁵

⁸⁹³ J.J. Verhoeven, ‘Het gelijk der curulische aedilen’, *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 43 onder verwijzing naar A.J. Verstegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 124 e.v.

⁸⁹⁴ A.J. Verstegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 127-132. Deze argumenten zijn mooi samengevat door Jac Hijma: *Asser/Hijma 7-1* 2019/798.

⁸⁹⁵ A.J. Verstegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 132.

Zowel in de doctrine als in de rechtspraak wordt met de nieuwe zienswijze over het verlies van rechten aan kopers zijde ingestemd.⁸⁹⁶ Aangenomen werd dat men het (nieuw verworven) recht om zich te beroepen op het feit dat de prestatie niet behoorlijk was geweest, kon *verwerken* door deze uitdrukkelijk of stilzwijgend goed te keuren. Stilzwijgende goedkeuring kon worden afgeleid uit de omstandigheid dat men, nadat men een redelijke tijd in de gelegenheid was geweest om de deugdelijkheid van de prestatie te onderzoeken, nalaat om over de ondeugdelijkheid te reclameren. In de praktijk leidde deze redenering tot het resultaat dat het recht om te reclameren aan een vervaltermijn verbonden was, ook nu de wet deze niet uitdrukkelijk vaststelde.⁸⁹⁷

Van een wetsartikel is het echter in het oud BW niet gekomen, maar bij het opstellen van het nieuw BW is art. 7:23 lid 1 BW geïntroduceerd. Dit artikel sloot aan bij de hierboven beschreven rechtsontwikkeling.⁸⁹⁸

Opvallend is dat Verstegen de argumenten voor de stelling dat de koper zijn recht om te klagen weer kan verliezen voornamelijk (zo niet uitsluitend) ontleent aan het *handelskooprecht*.⁸⁹⁹ Zo stelt hij onder meer dat een langdurige rechtsonzekerheid ten aanzien van de geleverde waar zowel de verkoper als de koper belemmert in hun vrijheid voor verdere transacties en dat het belang van betrouwbare bewijslevering boven het particulier belang van de verkoper uitgaat. Ook stelt Verstegen de voortschrijding van de techniek aan de orde, waardoor rechtsverhoudingen tussen opeenvolgende kopers en verkopers in verschillende werelddelen mogelijk zijn geworden. Voor beslissingen over verdere productie of fabricage of nieuwe aan- of

⁸⁹⁶ Asser/Hijma 7-1 2019/798. Zie ook Ribbius en Nauta, 'Preadviezen voor de NJV' in *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 's Gravenhage: Belinfante 1926-II, p. 178.

⁸⁹⁷ De duur van deze niet-wettelijke vervaltermijn zal echter voor elk geval naar gelang van de omstandigheden door de rechter moeten worden vastgesteld. Hofmann - Van Opstall, *Het Nederlands verbintenissenrecht, de algemene leer der verbintenissen*, Groningen: J.B. Wolters 1959, p. 69, met in de voetnoot aldaar een uitgebreide opsomming van literatuur en jurisprudentie.

⁸⁹⁸ MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 152; Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvis uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 24-27; Asser/Hijma 7-1 2019/798.

⁸⁹⁹ Bijkans alle op de pagina's 182-203 genoemde rechtspraak heeft betrekking op handelskopen: A.J. Verstegen, 'Ondeugdelijke levering bij den soortkoop', *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923.

verkoop is een antwoord op de vraag of de koper een eerdere partij heeft geaccepteerd van groot belang. Bovendien kan een late reclame de regresrechten tegen eerdere verkopers aanmerkelijk benadelen, waarbij Verstegen stellig opmerkt:

*“Een systeem, waarbij des verkoopers aansprakelijkheid voor het geleverde onbeperkt bleef voortduren, zou alle handelsverkeer op losse schroeven zetten.”*⁹⁰⁰

Het is de vraag of de argumentatie die ontleend lijkt te zijn aan het professionele handelsverkeer, tevens het verlies van rechten rechtvaardigt anders dan bij een handelskoop. Ook Overeem stelt de vraag of de – naar hij aanneemt – op de eis van rechtszekerheid geënte redenering van Verstegen niet vooral opgeld doet bij de handelskoop, waar het belang van een vlotte afwikkeling tussen de schakels prevaleert. Bij een consumentenkoop bijvoorbeeld, heeft het product het ‘eindstation’ bereikt. Overeem betwijfelt of er wel sprake kan zijn van rechtsverwerking bij consumentenkoop als het niet tijdig ontdekken van het gebrek aan de koper kan worden toegerekend, zoals men bij de handelskoop (wel) aanneemt.⁹⁰¹

Ook in de jurisprudentie omtrent het verlies van rechten aan de zijde van de koper worden handelsrechtelijke argumenten opgeworpen teneinde een beroep op rechtsverwerking bij koop gegrond te verklaren.⁹⁰² Büchenbacher noemt als eerste uitspraak waarin het verlies van het reclamerecht aan de zijde van de koper behoorlijk werd gemotiveerd, de uitspraak van de Rechtbank Amersfoort uit 1865, waarin werd gesteld:

*“(…) is het in strijd met de belangen des handels, zoo lang met reclameeren te wachten.”*⁹⁰³

⁹⁰⁰ A.J. Verstegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 128-132, citaat op p. 130.

⁹⁰¹ R. Overeem, *Consumentenkoop*, Serie Bijzondere Contracten 4a, Groningen: H.D. Tjeenk Willink bv 1976, p. 109.

⁹⁰² J.J. Verhoeven, ‘De koper bedrogen. Over oude rechtsvragen en wijsheden die voorbijgaan’, *NTBR* 2010/5, nr. 21, p. 7/17.

⁹⁰³ Rechtbank Amersfoort, 7 juni 1865, W. 2724. Zie A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, Amsterdam: Scheltema & Holkema’s Boekhandel 1928, p. 74. Zie in dit verband tevens de uitspraak

Büchenbacher stelt dat de bestudering van de oude rechtspraak met betrekking tot het verlies van het reclamerecht aan de zijde van de koper een heldere kijk op de ontwikkeling van dit vraagstuk geeft.⁹⁰⁴ Vooropgesteld wordt, dat de urgentie van dit vraagstuk slechts is veroorzaakt door het moderne handelsverkeer. Waren eerst de gevallen waarin de rechter geschillen uit koop en verkoop moest beslechten, zeer gering, omstreeks 1860 neemt dit aantal in sterkte mate toe. Dit geldt ook de vraag met betrekking tot de verwerking van het reclamerecht. In de handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging van 1926 valt te lezen dat de verhouding geschillen over *specieszaken* en *genuszaken* ongeveer 10:100 is: in de praktijk komen handelsgeschillen verreweg het meeste voor.⁹⁰⁵ Büchenbacher verklaart deze toename van geschillen en de intrede van het rechtsfiguur ‘verwerking van reclamerecht’ door de opkomst van de moderne handelskoop. Het Nederlandse recht kende slechts een wettelijke regeling voor de *specieskoop*, die, zoals hiervóór in par. 6.2 beschreven, afkomstig was uit het Romeinse recht. Een regeling voor het klachtrecht van de *soortkoper* ontbrak. Omstreeks 1865 begon de rechtspraak de regeling van de verborgen gebreken bij *specieskoop* (art. 1540 e.v. OBW) analoog toe te passen op de *genuskoop*. Het criterium van art. 1540 OBW voldeed echter geenszins, aangezien het volgens Büchenbacher geen rekening hield met het gecompliceerde handelsverkeer van die tijd.⁹⁰⁶ Omstreeks 1920 verliet de rechtspraak de tot dusverre aangenomen analogie tussen de *species-* en de *genuskoop*, op de grond dat in de art. 1302 en 1303 OBW een volledige regeling met betrekking tot wanprestatie bestond waaronder de *genuskoop* ressorteerde.⁹⁰⁷ Het is

van de Hoge Raad inzake de verkoop van een partij nikkelploaatafval, waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk verwees naar het ‘belang van het handelsverkeer’: HR 3 mei 1963, ECLI:NL:HR:1963:62, *NJ* 1964/486 (N.V. Oxyde Maatschappij/Internationale Grondstoffen Onderneming N.V.).

⁹⁰⁴ A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, Amsterdam: Scheltema & Holkema’s Boekhandel 1928, p. 75.

⁹⁰⁵ A. Lind in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, ‘s Gravenhage: F.J. Belinfante 1926, p. 94.

⁹⁰⁶ A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, Amsterdam: Scheltema & Holkema’s Boekhandel 1928, p. 76 onder verwijzing naar argumenten typerend voor het handelsverkeer zoals de aflevering van grote partijen goederen en de omstandigheid dat sommige goederen in verpakking dienden te worden doorverkocht.

⁹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam, 6 oktober 1920, ECLI:NL:GHAMS:1920:46, *NJ* 1921, p. 256 (Luchsinger/Rosen).

onder deze omstandigheden dat de rechtspraak uiteindelijk het leerstuk van de *verwerking* van het reclamerecht van de koper heeft ontwikkeld.⁹⁰⁸

Het bovenstaande brengt mee dat het leerstuk van de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper, zoals dat heden ten dage is opgenomen onder art. 7:23 lid 1 BW, ontwikkeld is in het kader van de rechtsverwerking bij de koop van *soortzaken*, met name in handelskooprelaties. Met de opname van dit ongeschreven leerstuk in het huidige BW in 1992 is de werking hiervan uitgebreid naar alle soorten koop, inclusief de koop van *specieszaken*, onroerende zaken en vermogensrechten. Bovendien geldt de regeling niet alleen voor de handelskoop, maar voor alle soorten koopovereenkomsten. Ook het onderscheid tussen verborgen en niet-verborgen gebreken is vervallen.

6.5 De samenvoeging van het handelsrecht en het burgerlijk recht in 1992

Hiervoor is uiteengezet dat de klachtplicht van de koper zoals die in het huidige BW is opgenomen onder art. 7:23 lid 1 haar oorsprong vindt in het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking bij soortzaken. Bovendien bleek dat de ontwikkeling van dit leerstuk met betrekking tot de koop zich voornamelijk heeft afgespeeld in het *handelskooprecht*. De argumenten die de stelling moesten rechtvaardigen dat een koper zijn rechten op grond van de levering van ondeugdelijke waar kon verliezen, zagen voornamelijk op de (door)verkoop van soortzaken door handelslieden. Met de codificatie van dit ongeschreven leerstuk in het Nieuw BW in 1992 kreeg de klachtplicht van de koper echter een veel ruimer toepassingsbereik dan haar ongeschreven voorganger, aangezien de regeling is geplaatst in de op alle koop- (en ruil-) overeenkomsten van toepassing zijnde titel 7.1 BW. In de parlementaire geschiedenis zijn geen argumenten te vinden zijn voor deze uitbreiding van het toepassingsgebied. De vraag rijst of de afschaffing van het handelskooprecht als apart geregeld rechtsgebied in het Nederlandse recht een (gedeeltelijke) verklaring kan vormen voor de veralgemenisering van de

⁹⁰⁸ A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1928, p. 77-90.

onderzoeks- en klachtplichtregeling. Betoogd kan worden dat de regel wellicht in het Wetboek van Koophandel zou zijn opgenomen, indien dit op de handel toegesneden wetboek niet was opgegaan in het algemeen BW, of, dat als de wetgever de keuze had gemaakt om de regeling toch in het algemeen BW te plaatsen, daar een gedegen argumentatie voor had gegeven.

De klachtplichtregeling in het Nederlandse recht is gebaseerd op het (grootmoederlijke) Duitse handelskooprecht en het (moederlijke) Weens Koopverdrag. Het Duitse recht is een voorbeeld van een rechtssysteem waar nog altijd een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht.⁹⁰⁹ Ook in Nederland is (in navolging van het Franse recht) lang een onderscheid gemaakt tussen deze twee rechtsgebieden. Het in 1838 ingevoerde Wetboek van Koophandel was in belangrijke mate gebaseerd op de Franse *Code de Commerce* uit 1807 en bevatte een verzameling bijzondere regels die in zaken van koophandel derogeerden aan de regels vervat in het tezelfdertijd ingevoerde Burgerlijk Wetboek.⁹¹⁰ Niet lang na de totstandkoming van dit Wetboek van Koophandel ontstond discussie over de wenselijkheid van een van het burgerlijk recht afgezonderd handelsrecht, die haar hoogtepunt beleefde op de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging in 1883.⁹¹¹ Volgens Meijers was de oorzaak van deze discussie gelegen in het feit dat het burgerlijk recht was gecommmercialiseerd, dat wil zeggen dat het de bijzondere regels, die oorspronkelijk alleen voor de enge kring van kooplieden en zaken van koophandel golden, tot algemene burgerrechtelijke regels heeft gemaakt.⁹¹² Het gevolg was dat de materieelrechtelijke verschillen tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht geleidelijk werden verwijderd.⁹¹³ Klomp

⁹⁰⁹ C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 131.

⁹¹⁰ R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, (diss.) Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998 en de bespreking van dit proefschrift door van Rhee: C.H. van Rhee, 'Recenties', *Pro Memorie: Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden* 1999/1, p. 173.

⁹¹¹ R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, (diss.) Nijmegen: Ars Aequi 1998, p. 1.

⁹¹² E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting eerste gedeelte (Boek 1-4)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954, p. 9.

⁹¹³ Met ingang van 1 januari 1935 is het onderscheid tussen handelsdaden en niet-handelsdaden en kooplieden en niet-kooplieden afgeschaft, zie R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, (diss.) Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 165. Zie

noemt als argument voor aparte handelsrechtelijke codificatie onder andere dat het handelsrecht volgens sommige juristen een wezenlijk ander karakter had dan het burgerlijk recht.⁹¹⁴ Zo zou het in het handelsrecht in de eerste plaats gaan om in de praktijk gegroeide handelsgebruiken, waarbij tevens rekening kon worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval. Ook werd gesteld dat in het handelsrecht behoefte was aan een sneller en efficiënter procesrecht dan in het burgerlijk recht. Volgens Klomp zijn deze argumenten echter niet meer valide, aangezien het burgerlijk recht sinds de negentiende eeuw veel soepeler is geworden: men denke bijvoorbeeld aan de rol die de redelijkheid en billijkheid in het verbintenissenrecht zijn gaan spelen, waardoor rekening kan worden gehouden met de bijzondere aard van handelsrechtelijke verhoudingen.⁹¹⁵ Van Rhee plaatst in zijn recensie van het proefschrift van Klomp enige kritische opmerkingen bij de conclusies van het proefschrift: zo wijst hij onder meer op het feit dat de ontwikkelingen op het gebied van het handelsrecht in Nederland niet sporen met ontwikkelingen in de ons omringende landen. Van Rhee voegt daaraan toe dat ook in veel andere Europese landen de positie van het handelsrechtelijk wetboek niet ter discussie lijkt te staan. Te wijzen valt op Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Spanje en Portugal.⁹¹⁶

Het handelsrecht is in Nederland uiteindelijk (bijna geheel) in het burgerlijk recht opgegaan. De hercodificatie van het privaatrecht die geleid heeft tot het Nieuw BW in 1992 betrof daarom niet alleen een modernisering

voor een uitgebreid historisch onderzoek naar deze discussie en de daaropvolgende afschaffing van het Wetboek van Koophandel R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, (diss.) Nijmegen: Ars Aequi 1998.

⁹¹⁴ Zie voor een uitgebreide (historische) weergave van de stellingen van deze juristen in de 19de eeuw en de discussie tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging in 1883 R.J.Q. Klomp, 'Geschiedenis, bij wijze van inleiding' in: Klomp, Mendel, Du Perron, Van Schaick, *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 25-48.

⁹¹⁵ R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, (diss.) Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 202.

⁹¹⁶ C.H. van Rhee, 'Recenties', *Pro Memorie: Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden* 1999/1, p. 174-175, onder verwijzing naar p.1 noot 1 van het proefschrift van Klomp. Zie voor enige rechtsvergelijkende opmerkingen over de verhouding tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss.) Deventer: Kluwer 1994, p. 22-24.

van het burgerlijk recht, maar ook het overhevelen van de materie van het Wetboek van Koophandel naar het BW.⁹¹⁷

Met de invoering van het Nieuw BW in 1992 is niet alleen het onderscheid tussen het handelsrecht en het gewone burgerlijk recht verdwenen, er is tegelijkertijd een nieuw onderscheid gecodificeerd, en wel dat met betrekking tot het consumentenrecht. Naast de ontwikkelingen op nationaal niveau,⁹¹⁸ hebben ook Europeesrechtelijke ontwikkelingen ervoor gezorgd dat er speciaal voor de consumentenkoop geschreven regelingen in het BW zijn opgenomen. Zo is de laatste zin van het huidige art. 7:23 lid 1 BW in 2003 toegevoegd, die een iets afwijkende regeling voor de consumentenkoop bevat. De afwijking is gebaseerd op de Richtlijn 1999/44/EC verkoop en garanties consumptiegoederen (hierna: de Richtlijn Consumentenkoop).⁹¹⁹ Art. 5 lid 2 van de Richtlijn Consumentenkoop bepaalt dat ‘de lidstaten *kunnen* bepalen dat de consument zijn rechten niet kan uitoefenen dan wanneer hij de verkoper binnen een termijn van twee maanden na de datum waarop hij het gebrek aan overeenstemming heeft vastgesteld, hiervan op de hoogte heeft gebracht’ (mijn curs., ST).⁹²⁰ De Nederlandse wetgever heeft gebruik gemaakt van deze keuzemogelijkheid en in art. 7:23 lid 1 BW de klachtplicht van de consumentkoper met een kennisgevingstermijn van twee maanden geïntroduceerd.⁹²¹

Al met al kan gesteld worden dat de regeling van de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper, voornamelijk ontstaan en ontwikkeld

⁹¹⁷ R.J.Q Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, (diss) Nijmegen: Ars Aequi 1998 p. 189. Deze overheveling is tot op de dag van vandaag nog niet voltooid. Zie tevens E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting eerste gedeelte (Boek 1-4)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954, p. 9-10.

⁹¹⁸ Zie voor de motieven voor een wettelijke regeling ten behoeve van consumenten: Toelichting voorontwerp consumentenkoop, MvT, Tweede Kamer zitting 1981, 16979, no. 3, p. 7-8.

⁹¹⁹ 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; Publikatieblad nr L 171 van 07/07/1999 blz. 0012-0016.

⁹²⁰ De Europese regelgever had kennelijk aarzelingen over de wenselijkheid van deze regeling, aangezien de lidstaten uitdrukkelijk de bevoegdheid kregen om af te zien van een verplichting tot kennisgeving, zie de overwegingen 19 en 20 van de Richtlijn consumentenkoop; E.H. Hondius, ‘Article 5: Time Limits’, in: M. Bianca, S. Grundmann (eds.), *EU Sales Directive. Commentary*, Antwerp: Intersentia 2002, p. 214.

⁹²¹ Op 1 mei 2003 is de wet van 6 maart 2003 betreffende de aanpassing van Boek 7 BW aan de Richtlijn in werking getreden.

in het handelsrecht, na het verdwijnen van de aparte codificatie van het handelsrecht noodgedwongen is opgenomen in het algemeen verbintenissenrecht. De wetgever heeft bij de opname van deze regeling in het algemene kooprecht nagelaten argumenten te geven voor de uitbreiding van het toepassingsgebied. De vraag rijst of dit ruime toepassingsgebied haar rechtvaardiging kan vinden in de argumentatie die ten grondslag lag aan de ontwikkeling van het leerstuk. Deze vraag wordt beantwoord in H. 8 van dit boek.

6.6 De ratio van de huidige klachtplicht bij koop

Zoals hierboven uiteen is gezet, is het leerstuk omtrent de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper in 1992 in het nieuw BW gecodificeerd. De regeling luidt als volgt:

Art. 7:23

- 1) *De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Blijkt echter aan de zaak een eigenschap te ontbreken die deze volgens de verkoper bezat, of heeft de afwijking betrekking op feiten die hij kende of behoorde te kennen doch die hij niet heeft meegedeeld, dan moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden. Bij een consumentenkoop moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden, waarbij een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is.*

In deze paragraaf wordt de ratio van de klachtplicht in het huidig Burgerlijk Wetboek onderzocht. Wat hadden de opstellers van het BW voor ogen toen de klachtplichtregeling in 1992 werd opgenomen (par. 6.6.1), en hoe zien de verschillende nationale gerechtelijke instanties (par. 6.6.2) en de doctrine (par. 6.6.3) het doel van de hedendaagse klachtplicht van de koper?

6.6.1 De ratio van de klachtplicht volgens de wetgever

Volgens de wetgever is de ratio van dit artikel de bescherming van de verkoper tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten, door voor de koper een korte termijn voor te schrijven om over het niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst te klagen.⁹²² In het kader van art. 6:89 BW stelt de wetgever:

*Dit artikel berust op de gedachte dat een schuldenaar er op moet kunnen rekenen, dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt.*⁹²³

Indien de koper niet aan zijn verplichting krachtens lid 1 van art. 7:23 BW voldoet, verliest hij alle rechten ter zake van de tekortkoming. Deze oplossing is volgens de wetgever gerechtvaardigd omdat de ratio van lid 1 hierin is gelegen dat bij niet-nakoming van de mededelingsplicht iedere discussie over de vraag of de zaak al dan niet aan de overeenkomst beantwoordde, in het belang van de verkoper behoort te zijn afgesneden.⁹²⁴ Dat de koper al zijn aanspraken verliest bij verzaking van zijn klachtverplichting, is volgens de wetgever gerechtvaardigd ter bescherming van het belang van de verkoper, omdat hij anders geconfronteerd zou worden met niet meer te verifiëren klachten.⁹²⁵

Met betrekking tot de verjaringstermijn van twee jaar, opgenomen in lid 2 van art. 7:23 BW⁹²⁶ merkt de wetgever op dat ook de koper zelf gebaat is bij een voortvarend optreden, aangezien de gebreken waar het hier doorgaans

⁹²² TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 146; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 152. Zie ook E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting vierde gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 850.

⁹²³ MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 316- 317.

⁹²⁴ MvA II, *Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 152.

⁹²⁵ V.V. I, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 156.

⁹²⁶ Art. 7:23 lid 2 BW: *Rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren door verloop van twee jaren na de overeenkomstig het eerste lid gedane kennisgeving. Doch de koper behoudt de bevoegdheid om aan een vordering tot betaling van de prijs zijn recht op vermindering daarvan of op schadevergoeding tegen te werpen.*

om zal gaan met het verstrijken van de tijd steeds moeilijker bewijsbaar zullen worden. De regel strekt derhalve ook ter vermindering van vruchteloze procedures.⁹²⁷ De verjaringstermijn is ingekort (ten opzichte van de algemene verjaringstermijnen van art. 3:306 e.v. BW - ST) ter wille van de rechtszekerheid, aldus de wetgever.⁹²⁸

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:23 lid 1 BW blijkt dat het typische geval dat de wetgever voor ogen had de *handelskoop* betrof, waarbij inspectie bij aflevering plaatsvindt en eventuele klachten worden opgetekend om latere moeilijk te betwisten klachten te voorkomen.⁹²⁹ Zo staan er expliciete verwijzingen naar het LUVI (een van de voorlopers van het Weens Koopverdrag), dat slechts op de handelskoop van toepassing was.

Tot slot nog een opmerking over de aanpassing van art. 7:23 lid 1 BW op grond van de Richtlijn Consumentenkoop. Volgens de voorstukken van die richtlijn beantwoordt de mogelijkheid om een klachtplicht aan de zijde van de consumentkoper op te nemen aan de behoefte om de rechtszekerheid te versterken door de koper aan te zetten tot een “zekere waakzaamheid, terwijl [...] tegelijk de belangen van de verkoper in aanmerking [worden genomen]”, “zonder hem een strikte verplichting op te leggen tot een minutieus onderzoek van het goed”.⁹³⁰ De opname van de huidige derde volzin aan art. 7:23 lid 1 BW heeft geleid tot een *inperking* van de klachtplicht voor de consumentkoper ten opzichte van het ‘oude’ art. 7:23 lid 1 BW: er is een ‘veilige’ termijn van 2 maanden en bovendien rust er op de consumentkoper geen onderzoeksverplichting.⁹³¹ De ratio van de regeling en de uitwerking daarvan zijn echter ongewijzigd gebleven.

⁹²⁷ Nota II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 154.

⁹²⁸ V.C. II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 155.

⁹²⁹ W.H. van Boom, ‘Zorgplicht vs. Klachtplicht’, *AA* 2013/10, p. 758. Zie de voorbeelden genoemd in TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 146 en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 152.

⁹³⁰ Zie de toelichting bij het voorstel voor een richtlijn: COM(95) 520 def., p. 14.

⁹³¹ Zie bijvoorbeeld het arrest van het HvJ EU 4 juni 2015, zaak C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (Froukje Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV), nr. 61.

6.6.2 De ratio van de klachtplicht volgens de jurisprudentie

Uit de bestudering van de weergave van de ratio van de klachtplicht van de koper in de jurisprudentie, komt naar voren dat er een ontwikkeling heeft plaatsgevonden naar een meer genuanceerde benadering van het leerstuk. Werden de klachtplicht en haar ratio vanaf het moment van opname in het BW vrij ‘klakkeloos’ overgenomen en toegepast door de rechterlijke macht, in het tweede decennium van deze eeuw verschuift het perspectief ietwat meer in de richting van een belangenafweging.⁹³²

6.6.2.1 Louter mechanische toepassing van de ratio van de klachtplicht

Wanneer men bekijkt hoe de ratio van de klachtplichtregeling door de Hoge Raad wordt weergegeven, valt op dat de Raad aanvankelijk louter de door de wetgever genoemde ratio heeft herhaald. Daarmee heeft de Hoge Raad vooral de bescherming van de belangen van de verkoper benadrukt. Zie bijvoorbeeld de uitspraak inzake een geschil tussen een apotheker en diens leverancier van geneesmiddelen:

“Deze bepaling strekt ertoe de schuldenaar die een prestatie heeft verricht te beschermen omdat hij erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt (Parl. gesch. Boek 6, blz. 316–317).⁹³³

En in een geschil over de verkoop van een mobiele beregeningsinstallatie meer uitgebreid:

“Art. 7:23 lid 1 behoedt de verkoper namelijk voor late en moeilijk meer te betwisten klachten, door voor te schrijven dat de koper op straffe van verval van zijn rechten zijn klachten tot de verkoper moet richten binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden in verband met zijn

⁹³² Zie tevens J.J. Valk, ‘Het toepassingsbereik van de klachtplicht’, *MvO* 2020/2, p. 43.

⁹³³ HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, *NJ* 2007/176; (Brocacef/FGC). Zo ook: HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3520, *NJ* 2007/408 (WRA/Oldenhoeck); HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, *NJ* 2010/331 (Kortenhorst/Van Lanschot).

onderzoeksplicht van hem kan worden gevegd (Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 152; zie ook blz. 146). De schuldenaar die een prestatie heeft verricht (in dit geval: de verkoper) moet immers erop kunnen rekenen dat de schuldeiser (de koper) met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt (Parl. Gesch. Boek 6, p. 316–317).⁹³⁴

Ook in het geval dat de verkoper op de hoogte was van het gebrek in het geleverde, hield de Hoge Raad strikt vast aan de door de wetgever geformuleerde ratio van de klachtplicht en de bescherming van de belangen van de verkoper:

“Het hof heeft voorts (in rov. 4.10.1 en 4.10.2) geoordeeld dat Ploum geen redelijk belang had bij een daadwerkelijke klacht van Smeets omdat zij via haar echtgenoot, die de aanschrijving van de Provincie aan Smeets heeft doorgestuurd, geacht moet worden reeds op de hoogte te zijn geweest van de bodemverontreiniging en aan Smeets een termijn had kunnen stellen als bedoeld in art. 6:88 BW. Het onderdeel klaagt terecht dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omdat art. 6:89 en art. 7:23 lid 1 mede ertoe strekken de schuldenaar in zoverre te beschermen dat deze erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser die meent dat de verrichte prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt, zulks met spoed aan de schuldenaar mededeelt (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 316–317), en omdat Ploum geen aanleiding had de in art. 6:88 bedoelde termijn te stellen voordat Smeets haar te kennen had gegeven dat het verkochte niet aan de overeenkomst beantwoordde. Ploum had dus wel degelijk belang erbij dat Smeets haar tijdig zou meedelen dat naar haar mening sprake was van een tekortkoming.”⁹³⁵

6.6.2.2 Meer genuanceerde toepassing van de ratio van de klachtplicht

In de loop der jaren drukt de Hoge Raad zich echter steeds vaker genuanceerder uit: de ratio zoals verwoord door de wetgever wordt nog steeds

⁹³⁴ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, NJ 2008/605 (Amsing / Dijkstra-Post).

⁹³⁵ HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, NJ 2008/552 (Ploum/Smeets en Geelen Tankstations I).

herhaald in zijn uitspraken, maar de uitleg daarvan staat meer in het licht van de bescherming van de belangen van de verkoper én die van de koper. Een aanzet hiertoe is al te vinden in het arrest van 29 juni 2007 inzake een geschil met betrekking tot de verkoop van een woning aan een particuliere koper.⁹³⁶ Met betrekking tot de onderzoeksverplichting van de koper overwoog de Hoge Raad:

“Het onder (a) bedoelde onderzoek dient, gelet op de door art. 7:23 lid 1 beschermde belangen van de verkoper, door de koper te worden ingesteld en uitgevoerd met de voortvarendheid die gelet op de omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden gevergd.(...). Onder omstandigheden kan voor de beantwoording van de vraag of de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt, een onderzoek door een deskundige nodig zijn (...). In beginsel mag de koper de uitslag van dit onderzoek afwachten zonder de verkoper van het onderzoek op de hoogte te brengen. Wanneer echter mag worden verwacht dat met het onderzoek langere tijd is gemoeid, of zulks tijdens de loop daarvan blijkt, volgt uit de strekking van art. 7:23 lid 1 dat de koper aan zijn wederpartij onverwijld kennis dient te geven van dat onderzoek en de verwachte duur ervan.(...).”

De particuliere koper van een huis die ter zake van de gebreken niet deskundig is, mag in redelijkheid onderzoek door een deskundige naar die gebreken laten uitvoeren — mits met de nodige voortvarendheid — teneinde zich een (beter) beeld te kunnen vormen van de aard, ernst en oorzaak van de gebreken. Een andere opvatting zou de positie van de particuliere koper zonder goede grond nodeloos verzwaren en hem bovendien ertoe nopen bij de ontdekking van elk gebrek dat mogelijk van dien aard is dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, de verkoper daarvan kennis te geven. Daarmee zijn ook de redelijke belangen van de verkoper niet gediend.”

In zijn uitspraak van 25 maart 2011 benadrukt de Hoge Raad dat ook het gedrag van de verkoper van invloed is op de vraag of de koper aan zijn klachtverplichting heeft voldaan:

⁹³⁶ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (Pouw/Visser).

*“Naarmate de koper op grond van de inhoud van de koopovereenkomst en de verdere omstandigheden van het geval sterker erop mag vertrouwen dat de zaak beantwoordt aan de overeenkomst, zal van hem minder snel een (voortvarend) onderzoek mogen worden verwacht, omdat de koper in het algemeen mag afgaan op de juistheid van de hem in dat verband door de verkoper gedane mededelingen, zeker als die mogen worden opgevat als geruststellende verklaringen omtrent de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen van het gekochte.”*⁹³⁷

De Hoge Raad tracht hier een evenwicht aan te brengen tussen de belangen van de koper en verkoper in het geval van onderzoek door de koper naar een vermoedelijk gebrek en de mededeling daarvan aan de verkoper.⁹³⁸ Opvallend is dat concreet moet worden gekeken naar de vraag of de verkoper door de duur van het onderzoek (en dus van het uitblijven van de daaropvolgende klacht) werkelijk geschaad is in enig belang.⁹³⁹

Ook uit meer recente uitspraken van de HR blijkt dat de Raad steeds meer aandacht schenkt aan de belangen van de koper naast die van de verkoper, met name ten aanzien van het nadeel dat de verkoper al dan niet lijdt door het late klagen van de koper. Zo kwam in het kader van art. 6:89 BW⁹⁴⁰ onder andere in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (Van der Steeg/Rabobank) naar voren dat voor het antwoord op de vraag of een klacht te laat is ingediend ‘in belangrijke mate mede bepalend’ is in hoeverre daardoor de belangen van de verkoper al dan niet concreet zijn geschaad.⁹⁴¹ De Hoge Raad vervolgt door te stellen: *“Als die belangen niet zijn geschaad, zal niet spoedig voldoende reden zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten.”*

⁹³⁷ HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, *NJ* 2013/5 (Ploum/Smeets II).

⁹³⁸ Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, ‘De klachtplicht bij koop’, *MvV* 2011/12, p. 324.

⁹³⁹ W. H. van Boom, ‘Klachtplicht bij koop’, *AA* 2011/11, p. 813.

⁹⁴⁰ Art. 6:89 BW en art. 7:23 BW delen dezelfde ratio en de regels omtrent deze artikelen zijn zo veel als mogelijk van overeenkomstige toepassing, zie bijvoorbeeld HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (Van der Steeg/Rabobank), r.o. 4.2.2.

⁹⁴¹ Zie r.o. 4.2.4 van genoemde uitspraak. Zie ook HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, *NJ* 2013/5 (Ploum/Smeets II); HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, *NJ* 2008/606 (Pouw/Visser).

Op 8 februari 2013 zijn nog een tweetal arresten geweest waaruit onder andere blijkt dat de Hoge Raad de ondeskundigheid van de crediteur meeweegt in zijn beslissing omtrent het door de zeer deskundige debiteur ingestelde beroep op de verzaking van de onderzoeks- en klachtplicht. In beide arresten faalt het beroep op art. 6:89 BW.⁹⁴²

In de uitspraak van 12 december 2014 overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de vraag op wie de stelplicht en bewijslast rust ter zake van een beroep op de klachtplicht:

“De stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op de art. 6:89 of 7:23 BW kunnen dragen, rusten in beginsel op de schuldenaar (verkoper), omdat het door hem gevoerde verweer dat niet tijdig is geklaagd, een bevrijdend verweer is.”⁹⁴³

Vóór deze uitspraak bestond er discussie over de vraag op wie de stelplicht en bewijslast rustte⁹⁴⁴, waarover meer in H. 7 par. 7.5.2. In dit arrest werd door de Hoge Raad voor het eerst duidelijk gemaakt dat een beroep op de bepaling van de klachtplicht een bevrijdend verweer is aan de zijde van de verkoper en dat hij dan ook de stelplicht en bewijslast draagt ter zake van een beroep op deze bepaling – behalve dan voor wat betreft de klacht zelf en het tijdstip daarvan.⁹⁴⁵ Daartoe is volgens de Hoge Raad redengevend dat te zeer afbreuk zou worden gedaan aan de strekking van genoemde bepalingen om de schuldenaar (verkoper) te beschermen, indien op hem ook het bewijsrisico ter zake van de klacht zelf en het tijdstip daarvan zou rusten, terwijl de in dat verband relevante feiten vooral gelegen zijn in het domein van de schuldeiser

⁹⁴² HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, *NJ* 2014/496 (Kramer/Van Lanschot) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, *NJ* 2014/495 (Van Lanschot/Grove).

⁹⁴³ HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *NJ* 2017/163 (Far Trading B.V./Edco Eindhoven B.V.).

⁹⁴⁴ Zie met name HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552 (Ploum/Smeets en Geelen Tankstations I): stelplicht en bewijslast volledig op koper. Later nuanceerde de HR de bewijslast van de koper al iets, zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, *NJ* 2014/496 (Kramer/Van Lanschot).

⁹⁴⁵ Deze bijzonderheid is gelegen in een bijzondere regel van bewijslastverdeling (art. 150 RV), zie HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *NJ* 2017/163 (Far Trading B.V./Edco Eindhoven B.V.), r.o. 5.6.3 en uitgebreid H. 7, par. 7.5.2.

(koper). Ook in deze uitspraak is te zien dat Hoge Raad meer rekening houdt met de belangen van de koper dan voorheen.

Al met al kan worden geconcludeerd dat de ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad een relativering van de klachtplicht laat zien.⁹⁴⁶ Een enigszins vreemde eend in de bijt is echter het door de Hoge Raad op 17 november 2017 gewezen arrest, waarin de vraag centraal stond of de verjaringstermijn van art. 7:23 lid 2 BW ook van toepassing is op een vordering gegrond op bedrog. Van enige nuancering of belangenafweging is geen sprake, aangezien de Raad in het overigens zeer beknopte arrest slechts stelt:

“Naar ook blijkt uit de geschiedenis van haar totstandkoming, geldt deze bepaling (art. 7:23 lid 2 BW – ST), mede ter bescherming van de belangen van de verkoper, voor iedere rechtsovereenkomst van de koper die – en ieder verweer van de koper dat – feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag (tevens) een rechtsovereenkomst uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd (...).”⁹⁴⁷

In de volgende paragraaf meer over de opvatting in de doctrine over de ratio van de klachtplicht en daarmee gemoeide belangen van de koper en de verkoper.

6.6.3 Ratio van de klachtplicht volgens de doctrine

Volgens de wetgever strekt art. 7:23 lid 1 BW ter bescherming van de verkoper tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten. De verkoper heeft er derhalve belang bij spoedig op de hoogte te worden gesteld van enige (vermoedelijke) non-conformiteit van de door hem afgeleverde zaken. Wat zijn nu precies die belangen van de verkoper die met de klachtplicht worden

⁹⁴⁶ Zo ook T. Hartlief, ‘Opkomst en ondergang van de klachtplicht’, *NJB* 2015/497, afl. 10, p. 611.

⁹⁴⁷ HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902, *NJ* 2017/438, (MBS/verweerder), r.o. 3.3.2. Zie uitgebreid over de vraag naar de toepasselijkheid van de klachtplichtbepaling op het leerstuk van bedrog het hierop volgende hoofdstuk, onder par. 7.4.2.

gediend? Tjittes en Boom noemen drie achterliggende belangen van de verkoper bij een spoedige kennisname.⁹⁴⁸

1. het belang om niet in een moeilijker bewijspositie te raken door het tijdstip van de klacht;
2. het belang om de gevolgen van de tekortkoming te beheersen;
3. het belang om duidelijkheid te hebben over zijn rechtspositie.

Hieronder worden de hier genoemde belangen van de verkoper besproken, wier bescherming ten grondslag ligt aan de klachtplichtbepaling in het BW. Voorafgaand daaraan verdient opmerking dat Tjittes en Boom pleiten voor een evenwichtige afweging tussen de belangen van de verkoper als ook die van de koper bij de toepassing van art. 7:23 lid 1 BW, en dat niet alleen het accent dient te liggen op de bescherming van het belang van de verkoper.⁹⁴⁹ Zoals in de vorige paragraaf reeds naar voren kwam, heeft de Hoge Raad in zijn meer recente rechtspraak al (steeds) meer aandacht aan de wederzijdse belangen van verkoper én koper gegeven.

6.6.3.1 Het bewijspositie-belang

Volgens de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak is de bescherming van het bewijsbelang van de verkoper de hoofdreden voor het aanvaarden van een klachtplicht aan de zijde van de koper.⁹⁵⁰ De gedachte is dat tijdig klagen kan voorkomen dat bewijsdiscussies gecompliceerder worden door het verloop van tijd⁹⁵¹ en dat de verkoper door het verstrijken van de tijd en voortgezet gebruik in een veel moeilijker positie geraakt om klachten te betwisten.⁹⁵² Het zou immers zo kunnen zijn dat de verkoper inmiddels niet meer kan bewijzen dat de beweerde tekortkoming op het moment van het verrichten van de prestatie nog niet bestond en dus door de koper is veroorzaakt of, overeenkomstig art. 7:10 lid 1 BW, anderszins voor diens

⁹⁴⁸ R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 67.

⁹⁴⁹ R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 67-68.

⁹⁵⁰ R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 67.

⁹⁵¹ W.H. van Boom, 'Zorgplicht vs. Klachtplicht', *AA* 2013/10, p. 758.

⁹⁵² Conclusie A.G. Wuisman bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, *NJ* 2008/605 (Amsing/Dijkstra-Post), onder 3.6.

risico dient te komen.⁹⁵³ Naarmate er meer tijd verstrijkt, kan het immers voor de verkoper moeilijker worden om de oorzaak van de gebreken te achterhalen.⁹⁵⁴

6.6.3.2 *Het belang om de gevolgen van de tekortkoming te beheersen*

Bij dit belang kan ten eerste gedacht worden aan de mogelijkheden die de verkoper heeft het gestelde gebrek te herstellen of de verkochte zaak te vervangen. Hierbij kan tevens gedacht worden aan het belang dat de verkoper heeft bij het achterhalen van de oorzaak van de gebreken. Hoe sneller hij daar immers achter komt, hoe sneller hij een eventuele oplossing kan aandragen.⁹⁵⁵ Het beheersen van de gevolgen ziet dan óók op het feit dat de verkoper in sommige gevallen de financiële gevolgen van zijn wanpresteren kan beperken, omdat reparatie-onderdelen nog tegen dezelfde prijs verkrijgbaar zijn of eenzelfde product tegen dezelfde inkoop prijs kan worden verkregen.⁹⁵⁶ Hijma stelt dat de rechtszekerheid van de verkoper in geval van non-conformiteit zo belangrijk is, omdat aan de koper een fors aantal opties ten dienste staat: met name met betrekking tot de nakomingsacties dient de verkoper tijdig zijn maatregelen te kunnen treffen, zodat een spoedige waarschuwing inderdaad essentieel wordt.⁹⁵⁷

Onder dit belang kan ook geschaard worden het belang dat de verkoper heeft spoedig te weten te komen of er verdere productie of fabricage moet plaatsvinden.⁹⁵⁸

⁹⁵³ J.M. Bollen & T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld', *NJB* 2009/43, p. 2809.

⁹⁵⁴ A.G. Wuisman in zijn conclusie bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, *NJ* 2008/606 (Pouw/Visser) onder 3.1.

⁹⁵⁵ A.G. Wuisman in zijn conclusie bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, *NJ* 2008/606 (Pouw/Visser) onder 3.1.

⁹⁵⁶ Wuisman noemt in deze dat met het verstrijken van de tijd het ongedaan maken van gebreken en de gevolgen daarvan meer problemen kunnen geven of meer kosten kunnen vergen: A.G. Wuisman in zijn conclusie bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, *NJ* 2008/606 (Pouw/Visser) onder 3.1. Deze rechtvaardiging voor kopers rechtsverlies gaat evenwel mijns inziens niet op in het geval van *verborgen gebreken*. In die gevallen is de verkoper waarschijnlijk geschaad in zijn belang om de gevolgen van zijn tekortkoming te beheersen, maar dit kan dan niet gewijld worden aan het (late) klachtgedrag van de koper.

⁹⁵⁷ *Asser/Hijma 7-1* 2019/822.

⁹⁵⁸ R.P.J.L. Tjittes, 'De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties', *RM Themis* 2007/1, p. 16; Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, 'De klachtplicht bij koop',

Wuisman noemt nog een ander belang dat onder deze noemer gevangen kan worden: het belang van de verkoper om zijn voorschakels te kunnen aanspreken. De schuldenaar zal zich niet zelden op zijn beurt in verband met gebreken weer tot een derde, bijvoorbeeld zijn toeleverancier, moeten wenden.⁹⁵⁹ Ook andere derden kunnen worden aangesproken, denk aan hulppersonen, eerdere schakels in de fabricageketen of verzekeraars.⁹⁶⁰

Tevens kan bij het belang dat de verkoper heeft bij het kunnen beheersen van de gevolgen van zijn tekortkoming worden gedacht aan zijn mogelijkheid een beroep te kunnen doen op art. 6:88 BW.⁹⁶¹ Door middel van dit artikel kan de verkoper de gevolgen van zijn tekortkoming enigszins beheersen, maar hij kan pas een beroep doen op dit artikel nadat hij door de koper op de hoogte is gesteld van het feit dat er (waarschijnlijk) sprake is van een tekortkoming. Zo ook de Hoge Raad in het Ploum/Smeets en Geelen Tankstations I-arrest:

“(…) omdat Ploum geen aanleiding had de in art. 6:88 BW bedoelde termijn te stellen voordat Smeets haar te kennen had gegeven dat het verkochte niet aan de overeenkomst beantwoordde.”⁹⁶²

MvV 2011/12, p. 321-322; C.J.M. Bollen & T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld’, *NJB* 2009/43, p. 2809.

⁹⁵⁹ Conclusie A.G. Wuisman bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, *NJ* 2008/605 (Amsing/Dijkstra-Post), onder 3.1 en 3.6.

⁹⁶⁰ T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde koper’, *AA* 2008/05, p. 363; R.P.J.L. Tjittes, ‘De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties’, *RM Themis* 2007/1, p. 16; Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, ‘De klachtplicht bij koop’, *MvV* 2011/12, p. 322; J.M. Bollen & T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld’, *NJB* 2009/43, p. 2809.

⁹⁶¹ Art. 6:88 BW: 1) De schuldenaar die in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten, kan aan de schuldeiser een redelijke termijn stellen, waarbinnen deze moet mededelen welke van de hem bij de aanvang van de termijn ten dienste staande middelen hij wenst ui te oefenen, op straffe van slechts aanspraak te kunnen maken: a. op de schadevergoeding waarop de tekortkoming recht geeft en, zo de verbintenis strekt tot betaling van een geldsom, op die geldsom; b. op ontbinding van de overeenkomst waaruit de verbintenis voortspruit, indien de schuldenaar zich erop beroept dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.

2) Heeft de schuldeiser nakoming verlangd, doch wordt daaraan niet binnen een redelijke termijn voldaan, dan kan hij al zijn rechten wederom doen gelden; het vorige lid is van overeenkomstige toepassing.

⁹⁶² HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552 (Ploum/Smeets en Geelen Tankstations I), r.o. 4.8.3.

6.6.3.3 Het rechtszekerheidsbelang

Achter art. 7:23 BW gaan overwegingen van rechtszekerheid schuil. De schuldenaar moet erop kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed na zijn prestatie onderzoekt of die prestatie voldoet aan wat hij (de schuldeiser) van die prestatie mocht verwachten en verder, indien gebreken worden geconstateerd, dat deze ook weer met bekwame spoed worden gemeld. Het is immers voor de schuldenaar van belang dat het voor hem spoedig na diens prestatie duidelijk is of hij nog met aanspraken van de schuldeiser met betrekking tot de prestatie rekening dient te houden, aldus Wuisman in zijn conclusie bij het Amsing/Dijkstra-Post-arrest.⁹⁶³

Naast het individuele rechtszekerheidsbelang wordt in dit kader ook wel gewezen op een meer algemeen rechtszekerheidsbelang: het belang van een goed en ordelijk verloop van het handelsverkeer. Volgens Wuisman bijvoorbeeld is het handelsverkeer gebaat bij een goed en ordelijk verloop en daarbij is het gewenst dat er niet te lang onzekerheid blijft bestaan omtrent eventuele acties naar aanleiding van de uitvoering van een prestatie.⁹⁶⁴ Zie ook Huydecoper, die stelt:

*“In veel gevallen eisen de behoeften van het rechtsverkeer, dat aanspraken op ‘bekwame’ termijn geldend worden gemaakt, of tenminste worden aangemeld; en geldt in het verlengde daarvan dat het geldend maken van zo’n aanspraak ongeoorloofd kan zijn als de betreffende termijn wordt veronachtzaamd. De regels van art. 6:89 BW en van art. 7:23 BW berusten kennelijk op deze verkeersbehoefte.”*⁹⁶⁵

Tjittes en Boom merken hier allereerst over op dat dit genoemde verkeersbelang vooral speelt bij zaken die worden doorverhandeld en vervolgens dat bij het in acht nemen van dit abstracte verkeersbelang, ervoor

⁹⁶³ Conclusie A.G. Wuisman bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, *NJ* 2008/605 (Amsing/Dijkstra-Post), onder 3.6.

⁹⁶⁴ Conclusie A.G. Wuisman bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, *NJ* 2008/605 (Amsing/Dijkstra-Post), onder 3.6.

⁹⁶⁵ A.G. Huydecoper in zijn conclusie bij HR 21 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1529, *NJ* 2002/540 (Van Est/Kimberly-Clark), onder 12. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, ‘Is nadeel vereist bij rechtsverwerking?’, *Kwartalbericht Nieuw BW* 1991/4, p. 110.

moet worden gewaakt dat de regeling van de verjaring, waaraan ditzelfde abstracte verkeersbelang van rechtszekerheid en rechtsvrede ten grondslag ligt, niet wordt doorkruist.⁹⁶⁶

6.7 Nadere beschouwing van de ratio van de klachtplicht

De ratio die aan de regeling van de onderzoeks- en klachtplicht van de koper ligt ten grondslag ligt, is hierboven beschreven. Duidelijk is geworden dat het de bescherming van de belangen van de verkoper bij een tijdige klacht is, die de doorslag heeft gegeven voor opname van het leerstuk in het huidige BW. Niet duidelijk is geworden, *waarom* de verkoper deze bescherming (altijd) dient te genieten.

Hieronder wordt aandacht besteed aan een aantal punten van kritiek dat op de naar voren gebrachte rechtvaardiging en ratio van de huidige klachtplichtregeling is geuit. Achtereenvolgens komen aan de orde:

- de uitkomst van de belangenafweging ten gunste van de verkoper;
- de invloed van de ernst van de tekortkoming op de belangenafweging;
- het te beschermen bewijsbelang van de verkoper en
- de kritiek op het naar voren gebrachte rechtszekerheidsbelang.

6.7.1 Uitkomst belangenafweging in het voordeel van de verkoper

Aan het artikel ligt volgens de wetgever een afweging tussen de belangen van de koper en de verkoper ten grondslag, die in het voordeel van de verkoper is uitgevallen. In de parlementaire stukken valt te lezen dat de wetgever het belang van de verkoper gelegen ziet in het niet geschaad worden in zijn bewijspositie,⁹⁶⁷ zodat dat de verkoper er op moet kunnen rekenen dat de

⁹⁶⁶ R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 31.

⁹⁶⁷ TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 146; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 152.

schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt.⁹⁶⁸ Het belang van de koper dat hier tegenover staat, is dat van het kunnen instellen van de aan hem toekomende remedies op grond van deze tekortkoming.⁹⁶⁹ Door de wetgever is door middel van art. 7:23 lid 1 BW in beginsel het belang van de koper om gebruik te kunnen maken van zijn remedies – ongeacht de vraag of hij hier ook in een gegeven geval een succesvol beroep op zou kunnen doen – ondergeschikt geacht ten opzichte van het belang van de verkoper zich tegen een claim van de koper te kunnen verdedigen. Deze belangenafweging ziet derhalve op een moment waarop reeds uitvoering aan het contract is gegeven en het vermoeden ontstaat dat de uitvoering aan de kant van de verkoper niet vlekkeloos is verlopen. In deze context komt het verlies van rechten aan de zijde van de koper op grond van zijn eigen (laks) gedrag wellicht niet zo vreemd over. Als men iets wil, moet men er maar op tijd bij zijn. Toch kan hier anders over worden gedacht wanneer de belangenafweging wordt ‘teruggebracht’ naar het begin van de overeenkomst. Wat zijn, met andere woorden, de initiële belangen van partijen bij een koopovereenkomst? Waar is in beginsel elke partij bij een koopovereenkomst op uit? Op een goed uitgevoerde overeenkomst. De koper wil graag precies het product dat hij gekozen heeft te kopen, geleverd krijgen, de verkoper wil daarvoor de afgesproken koopprijs ontvangen. Het eerste belang dat partijen derhalve

⁹⁶⁸ MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 316- 317.

⁹⁶⁹ Zie ook de conclusie van A.G. Wuisman bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (Pouw/Visser) onder 3.1: *Een verkoper heeft er belang bij dat hij na aflevering van het verkochte binnen een niet al te lange termijn de zekerheid heeft dat de betrokken transactie ook in deze zin als afgedaan kan worden gedaan, dat hij geen acties (vorderingen) meer van de koper hoeft te verwachten wegens, kort gezegd, non-conformiteit. Hierbij speelt niet slechts dat naarmate er meer tijd verstrijkt het moeilijker kan worden de oorzaak van gebreken te achterhalen, maar ook dat met het verstrijken van de tijd het ongedaan maken van gebreken en de gevolgen daarvan meer problemen kan geven of meer kosten kan vergen, mede bijvoorbeeld doordat bij de gebreken betrokken derden niet meer zijn aan te spreken. Meer in het algemeen is het voor de verkoper van belang spoedig duidelijkheid te hebben omtrent de (financiële) lasten die als gevolg van handelen in het verleden eventueel nog op hem rusten. Tegenover het belang van de verkoper staat het belang van de koper dat hij, geconfronteerd met het gegeven dat het gekochte niet aan de overeenkomst beantwoordt, een passende compensatie voor het hieruit voortvloeiende nadeel wenst te verkrijgen, ook in het geval dat het nadeel pas na langere tijd aan het licht treedt.*

hebben, is het zo goed mogelijk uitvoeren van de overeenkomst door de wederpartij. In de situatie dat een overeenkomst naar behoren wordt uitgevoerd, is er geen reden om het belang van de ene partij ondergeschikt te achten aan het belang van de andere partij. *Pacta sunt servanda*: elk der partijen dient zijn afgesproken verplichting(en) na te komen en haar wederpartij mag erop vertrouwen dat dat ook daadwerkelijk gebeurt. Heeft echter een van de contractpartijen haar verplichtingen niet goed vervuld, dan komen de belangen aan bod die gelegen zijn in de context van de (niet vlekkeloos verlopen) uitvoering van de overeenkomst. Het zijn deze belangen die bij het opstellen van art. 7:23 lid 1 BW door de wetgever tegen elkaar zijn afgewogen. Wanneer men echter voor ogen houdt dat in de gevallen van art. 7:23 lid 1 BW de *verkoper* degene was die zijn verplichting (vermoedelijk) niet goed heeft vervuld, komt het op zijn zachtst gezegd eigenaardig voor dat juist *zijn* belangen bescherming genieten ten koste van de belangen van de koper – de contractspartij die wél aan haar oorspronkelijke verplichting heeft voldaan.

Volgens de wetgever rust op de koper, zoals gezegd, de plicht het geleverde spoedig en met zorg te onderzoeken en zijn eventuele klachten spoedig kenbaar te maken. Slaagt hij hier niet in, dan kan hij geen gebruik meer maken van enige remedie op grond van het niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst. Hierbij wordt verwezen naar de belangen van de verkoper, die inderdaad niet alle bescherming hoeft te ontberen, zelfs niet indien hij zijn verplichting niet onberispelijk heeft vervuld.⁹⁷⁰ De verkoper heeft de zaak na levering niet meer in zijn macht en kan er dus niet meer voor zorgen. De verkoper is voor de behartiging van zijn belangen in deze volledig van de koper afhankelijk. Het gebruiken van de gebrekkige prestatie, het verwerken daarvan of het overdragen aan anderen kan schadevermeerdering veroorzaken. In die gevallen waarin de wanprestatie tot teruggave van het verkochte leidt – hetgeen het geval is bij vervanging van de zaak of ontbinding van de overeenkomst – kan door enkel tijdsverloop de waarde van het verkochte verminderen. Hierbij kan worden gedacht aan bederf, prijsdaling, invloed van het seizoen, maar ook aan waardeverlies door

⁹⁷⁰ A.J. Versteegen, 'Ondeugdelijke levering bij den soortkoop', *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 128.

gebruik of verwerking.⁹⁷¹ Uitgaande van het feit dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd en dat beide partijen derhalve de verplichting hebben in zekere mate met de belangen van hun wederpartij rekening te houden,⁹⁷² kan worden gesteld dat de koper die het belang van zijn verkoper zo goed mogelijk behartigt, niet alleen zo spoedig mogelijk zijn verkoper op de hoogte stelt van enig gebrek, maar ook het geleverde zo spoedig mogelijk aan een onderzoek zal onderwerpen. Zo komt men, volgens Houwing, geredelijk tot een zekere verplichting van de schuldeiser (de koper) tot bescherming van de grote⁹⁷³ belangen van de schuldenaar (de verkoper).⁹⁷⁴ Dit brengt evenwel niet mee dat het nadeel dat een verkoper kan leiden door het tijdsverloop tussen de levering van het verkochte en de mededeling van de koper inzake de non-conformiteit, *in alle gevallen* voor rekening van de koper dient te komen. Indien wordt vastgesteld dat de koper voldoende voortvarend heeft gehandeld in het gegeven geval, maar er desalniettemin waardevermindering en/of schadevermeerdering heeft plaatsgevonden, blijft dit nadeel voor rekening van de verkoper. Het is immers in eerste instantie te wijten aan zijn eigen niet-nakomen (het niet leveren van goede waar) dat er schade optreedt. In de gevallen waarin de koper daarentegen niet (volledig) voldoet aan zijn verplichting om voldoende rekening te houden met de belangen van zijn wederpartij en hij de verkoper later dan noodzakelijk op de hoogte stelt van enig gebrek, zou de vraag kunnen worden gesteld of dit verzaken altijd tot (een volledig) verlies van zijn rechten op grond van de wanprestatie van de verkoper mee zou moeten brengen. Het niet nakomen van een verplichting verplicht in eerste instantie hem die wanprestatie pleegt,

⁹⁷¹ Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 24.

⁹⁷² Zie ook A.G. Wuisman in zijn conclusie bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (Pouw/Visser) onder 3.2.

⁹⁷³ Houwing noemt in dit verband de volgende belangen van de verkoper: het belang om zijn voorschakels aan te kunnen spreken, het belang om maatregelen te kunnen treffen ter voorkoming van herhaling bij volgende prestaties of verdere uitvoering van het werk, het belang bij het kunnen vaststellen en bewijzen van de wanprestatie en het belang dat de verkoper heeft bij het voorkomen van schadevermeerdering. Zie Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 23 en 24.

⁹⁷⁴ Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 25.

tot schadevergoeding, maar doet niet een recht van hem tenietgaan – aldus Houwing.⁹⁷⁵ Wanneer aantoonbaar waardevermindering heeft plaatsgevonden door de vertraging bij de kennisgeving van het gebrek door de koper aan de verkoper, zou de koper bijvoorbeeld, op grond van de schending van zijn schadebeperkingsverplichting⁹⁷⁶ voor dat bedrag *niet* de

⁹⁷⁵ Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 25. Zie in deze zin ook A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1928, p. 91.

⁹⁷⁶ Het gaat hier om de 'verplichting' van de tot schadevergoeding gerechtigde (de koper) jegens de aansprakelijke (de verkoper) om de schade te beperken. Van een afdwingbare verplichting is geen sprake, maar als hij de schade niet beperkt, ontbreekt in zoverre het oorzakelijk verband tussen de schade en de schadeoorzaak, waarvoor de ander aansprakelijk is. Vgl. in deze art. 6:98 en 6:101 BW. Zie in deze zin ook Ph.A.N. Houwing, *Rechtsverwerking. Preadvies uitgebracht ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-Notarissen*, 's-Gravenhage: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, p. 25 en 26: "Een overeenkomst verlangt van partijen vaak een bepaalde gedraging in dier voege dat er geen afdwingbare verplichting tot die gedraging bestaat, maar dat het anders handelen wel rechtsgevolgen heeft. (...) De schuldeiser is in het algemeen niet verplicht de prestatie in ontvangst te nemen. Maar aan het nalaten dit te doen kunnen, als het zg. *mora creditoris* oplevert, zekere gevolgen ten nadele van de schuldeiser verbonden zijn (...). Zo kan ook de goede trouw aan partijen de eis van een zekere gedraging stellen in dier voege, dat geen eigenlijke verplichting tot die gedraging bestaat, maar dat de goede trouw aan het achtwege laten van die gedraging zekere gevolgen verbindt. De goede trouw verplicht dan in zoverre tot die gedraging, dat zij aan het achterwege laten ervan dat gevolg verbindt."

Wellicht zou betoogd kunnen worden dat in het geval van schadevermeerdering die het gevolg is van een (onnodig) late klacht het niet tijdig melden van een gebrek een schending van de zorgplicht van de koper om de verkoper vrij te waren van waardevermindering van de zaak oplevert, en de koper in die zin schadeplichtig is ten opzichte van de verkoper. Dit veronderstelt echter dat er in die zin een afdwingbare zorgverplichting rust op de koper. Dat betwijfel ik. Uiteraard is het zo dat op grond van de redelijkheid en billijkheid op partijen een afdwingbare zorgverplichting kan komen te rusten (zie bijvoorbeeld HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103 (Van Zuylen/Rabo Schajjk-Reek)), echter dient hiervoor mijns inziens voldoende sprake te zijn van bijzondere omstandigheden die het ontstaan van zulk een verplichting rechtvaardigen. Die zie ik hier in beginsel niet. De schuldeiser dient inderdaad – tot op zekere hoogte – rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij, maar de schending van deze 'verplichting' brengt mijns inziens geen schadeplichtigheid mee, maar slechts in sommige gevallen een verslechtering van de eigen positie van de schuldeiser. Eenzelfde redenering wordt gevolgd bij de beschouwing van de onderzoeks- en klachtverplichtingen van de koper. Ook schending van deze verplichtingen zou gezien kunnen worden als schending van de zorgverplichting met betrekking tot de gerechtvaardigde belangen van de verkoper, echter, ook deze schending brengt slechts de verslechtering van kopers eigen positie mee.

verkoper kunnen aanspreken.⁹⁷⁷ Bij de beoordeling van de (on)redelijkheid van het gedrag van de koper mag niet uit het oog worden verloren dat het de verkoper is geweest die de koper in de positie heeft geplaatst die hem tot schadebeperkend handelen heeft verplicht.⁹⁷⁸ Met andere woorden: de belangenafweging van de wetgever inzake art. 7:23 lid 1 BW suggereert dat het enkel de verkoper is die in zijn belangen is geschaad door het gedrag van de koper, waardoor de koper zijn belangen naar de achtergrond geschoven ziet worden, terwijl uit het oog verloren is dat eerst de verkoper de belangen van de koper heeft geschaad, die zien op het verkrijgen van een conforme zaak.

Jansen is een andere mening toegedaan: volgens hem staat de in de rechtspraak aangenomen belangenwaardering, waarin tijdsverloop niet langer doorslaggevend is maar het nadeel van de schuldenaar bij dat tijdsverloop, op gespannen voet met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. Uit de wetsgeschiedenis blijkt namelijk, dat de wetgever de belangen van schuldenaar en schuldeiser al in zijn algemeenheid heeft afgewogen met als uitkomst dat, wanneer niet binnen bekwame tijd is geprotesteerd, het belang van de schuldenaar bij bescherming prevaleert boven dat van de schuldeiser bij behoud van rechten. Bij de beoordeling door de rechter van de vraag of de schuldeiser aan zijn klachtverplichting heeft voldaan, zou derhalve geen plaats meer zijn voor een hernieuwde belangenafweging. Bij onbillijke uitkomst biedt volgens Jansen slechts de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een uitweg.⁹⁷⁹

⁹⁷⁷ En in die zin dus 'schadeplichtig' zijn ten opzichte van zichzelf voor het bedrag van de schadevermeerdering.

⁹⁷⁸ A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over de eigen schuld aan de omvang van de schade.*, Deventer: Kluwer 2003, p. 118. Hartlief stelt hieromtrent: "Waar de civilisten zich vooral concentreren op de secundaire, achteraf opkomende, schadevergoedingsplicht van gedaagde zouden zij zich juist moeten richten op nakoming van de primaire plicht een ander niet zonder recht schade te berokkenen". T. Hartlief, 'Leefbaar Nederland', *NJB* 2017/1753, afl. 32. Zie ook T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde koper', *AA* 2008/05, p. 363: hoewel de debiteur is tekortgeschoten, is niet ageren door de crediteur voldoende om hem zijn rechten te ontnemen.

⁹⁷⁹ T.S. Jansen, 'Rechtsverwerking naar omstandigheden: art. 6:89 BW', *TOP* 2013/5, p. 171-172. Zie in deze zin tevens A.G. Castermans en R. de Graaff, 'Samenloop van verjaringsregels bij bedrog, onrechtmatige daad en non-conformiteit', *WPNR* 2016/7119, p. 696.

Afgezien van het feit dat de wetsgeschiedenis nooit het laatste woord heeft en altijd wordt vergezeld, bevestigd of voorbijgestoken door andere argumenten⁹⁸⁰, is nog het volgende van belang. Bij bestudering van de wetsgeschiedenis komt het mij voor dat de wetgever een aantal typische gevallen voor ogen had met het oog waarop de klachtplichtbepaling is geschreven. Gedacht werd met name aan de verkoop van roerende zaken, in een verkoopketen, door een verkoper die er in eerste instantie vanuit mocht gaan dat hij degelijke waar heeft verkocht en waarbij gebreken meteen of door onderzoek vrij snel na levering aan het licht (kunnen) komen. In het voorkomende geval dat zich zo'n situatie voordoet, lijkt het opnieuw afwegen van belangen door de rechter inderdaad niet goed te stroken met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. Echter, de praktijk heeft intussen na de invoering van art. 7:23 lid 1 BW laten zien dat er wel degelijk situaties zijn waarbij het artikel – gezien de ruime bewoordingen daarvan – van toepassing is, maar waarbij (m.i. terecht) vragen kunnen worden gesteld of de specifieke toepassing van het artikel in die specifieke zaak (nog) wel strookt met de ratio van het artikel. Dat brengt mijns inziens mee dat onder omstandigheden bij de toepassing van het artikel de vraag moet worden gesteld of het inderdaad de belangen van de verkoper zijn die in dat geval de doorslag moeten geven. Men denke bijvoorbeeld aan de verkoop van onroerend goed aan een particulier in combinatie met een verborgen gebrek (Pouw/Visser), wetenschap van de verkoper (WRA/Oldenhoeck, Ploum/Smeets I) of beleggingsadviesrelaties tussen een professionele bank en een particulier (Van de Steeg/Rabobank).⁹⁸¹ Duidelijk is dat het volgens de ontwikkeling in de uitspraken van de Hoge Raad voortdurend gaat om een belangenafweging. Een dergelijke belangenafweging veronderstelt niet alleen oog voor de belangen van de schuldeiser, maar ook voor de belangen van de schuldenaar.⁹⁸²

⁹⁸⁰ *Asser/Vranken, Algemeen deel*** 1995/154.

⁹⁸¹ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, *NJ* 2008/606 (Pouw/Visser); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3520, *NJ* 2007/408 (WRA/Oldenhoeck); HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3733, *NJ* 2008/552 (Ploum/Smeets en Geelen Tankstations I); HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 (Van der Steeg/Rabobank).

⁹⁸² E.M. van Orsouw, 'De klachtplicht is dood, leve de klachtplicht!', *Bb* 2013/36, p. 6/6.

6.7.2 Invloed ernst van de tekortkoming op de belangenafweging

Volgens de wetgever prevaleert de bescherming van de belangen van de verkoper boven die van de koper. Ook de rechtspraak hanteert dit uitgangspunt, zij het dat dit ietwat kan worden genuanceerd, met name in de gevallen waarin niet vaststaat dat de verkoper daadwerkelijk is geschaad in enig belang.⁹⁸³

Toch zou ook in het geval de belangen van de verkoper wel degelijk zijn geschaad de bescherming van de belangen van de koper in bepaalde gevallen moeten kunnen prevaleren. Men neme het geval van een vermoeden van een (zeer) ernstige tekortkoming aan de zijde van de verkoper. Het wekt immers op zijn minst verbazing dat bij grove schending van de belangen van de koper de verkoper zich in eerste instantie kan verweren met een beroep op het schenden van zijn belang. De Hoge Raad geeft in het Van der Steeg/Rabobankarrest voor deze gedachtegang aan het slot van r.o. 4.2.4 die mogelijkheid: *“In dit verband kan de ernst van de tekortkoming meebrengen dat een nalatigheid van de koper hem niet kan worden tegengeworpen (...).”*⁹⁸⁴ Zie in deze zin reeds Versteegen:

*“Zoo behoort door een geringen tekortkoming des koopers niet een veel ernstiger wanprestatie des verkoopers, niet een groote wanlevering te worden gedekt. De gevonden regels zijn immers niet meer dan richtsnoeren tot het vinden van billijkheid, die terstond mogen worden prijsgegeven, waar zij niet naar het gezochte doel zouden leiden. En zeker moet het richtsnoer worden los gelaten – zelfs al zou ’s koopers verzuim niet eens zoo ganschelijk onschuldig zijn – wanneer de verkooper kennelijk te kwader trouw, of zelfs met opzet, ondeugdelijk heeft gepresteerd.”*⁹⁸⁵

⁹⁸³ Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van der Steeg/Rabobank), waarin werd bepaald dat indien de belangen van de verkoper niet zijn geschaad, er niet spoedig reden zal zijnde koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. Hier rijst de vraag of de klachtplicht überhaupt moet worden toegepast in de situatie dat de verkoper geheel niet is geschaad in zijn belangen. Op deze plek merk ik slechts op dat in die gevallen getwijfeld kan worden aan de toepasselijkheid van de klachtplichtbepaling.

⁹⁸⁴ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 (Van der Steeg/Rabobank).

⁹⁸⁵ A.J. Versteegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 124,

Ook in geval van concrete schending van de belangen aan de zijde van de verkoper kan het belang van de koper dus prevaleren, waarbij de ernst van de tekortkoming aan de zijde van de verkoper een belangrijke rol speelt. De overweging die de Hoge Raad vervolgens in r.o. 4.2.6 geeft, kan ook in deze zin begrepen worden: de belangenafweging kan ook in het geval van nadeel aan de zijde van de verkoper, in het voordeel van de koper uitvallen:

“In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in art. 6:89 BW vermeld – te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken.”

Volgens Van Boom is het hier bovengenoemde arrest ‘onmiskkenbaar gericht op deconstructie van de ongeclausuleerde bevoegdheid van de debiteur om gerechtvaardigde vorderingen af te wijzen’.⁹⁸⁶

Van der Wiel wil het aspect van de ernst van de tekortkoming daarentegen niet een ‘status aparte’ toekennen, omdat de Hoge Raad daar geen goede grond voor geeft. De Hoge Raad gaat volgens hem kennelijk uit van een in beginsel geconstateerde termijnstelling, die dan kan worden geheeld met een beroep op de ernst van de betreffende tekortkoming. Van der Wiel geeft er de voorkeur aan om de ernst van de tekortkoming op gelijke voet met de andere relevante omstandigheden te behandelen en (dus) direct mee te nemen bij de beoordeling van de lengte van de klachttermijn.⁹⁸⁷

Een en ander kan mijns inziens nog wel gecompliceerd worden door het volgende. De vraag of er werkelijk sprake is van een non-conformiteit en vervolgens wat de ernst daarvan is, komt logischerwijs pas aan de orde nadat is beslist over de vraag of de koper binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd.

p. 244-245. Zie voor de vraag of de klachtplichtbepaling van toepassing is op een vordering op grond van bedrog hierna in H.7, par. 7.4.2.

⁹⁸⁶ W.H. van Boom, ‘Zorgplicht vs. Klachtplicht’, *AA* 2013/10, p. 760.

⁹⁸⁷ B.T.M. van der Wiel in zijn noot bij HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846, *JOR* 2013/108 (Van Lanschot/Grove c.s.).

Immers, indien de koper zijn klachtplicht heeft verzaakt, verliest hij zijn recht beroep te doen op een gestelde non-conformiteit en hoeft de discussie omtrent deze non-conformiteit niet gevoerd te worden. In de visie van Van der Wiel wordt de beoordeling van de non-conformiteit dus naar voren getrokken omdat deze beoordeling direct dient te worden meegenomen in de beoordeling van de lengte van de klachttermijn. Dit kan mijns inziens lastig uitpakken: de vraag of de koper zich al dan niet mag beroepen op de door hem gestelde non-conformiteit, wordt dan afhankelijk gesteld van zijn succes deze non-conformiteit aan te tonen én van in hoeverre hij is staat is aan te tonen dat de tekortkoming ernstig genoeg is om de klachttermijn te verlengen. Ik ben van mening dat de ernst van de tekortkoming aan de zijde van de verkoper inderdaad een rol dient te spelen bij de beoordeling van de vraag of de koper zich op zijn rechten op basis van die tekortkoming mag beroepen, maar dat in het kader van de beoordeling van art. 7:23 lid 1 BW het *vermoeden* van een ernstige tekortkoming volstaat. Het aannemelijk maken en zo nodig daadwerkelijk bewijzen van de tekortkoming en de omvang daarvan blijft dan liggen in het op het klachtplichtverweer volgend debat.

6.7.3 Bescherming bewijsbelang verkoper

Zoals gezegd, is de ratio van art. 7:23 lid 1 BW volgens de wetgever het beschermen van de verkoper tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten. Daarover het volgende. De klachten waartegen de verkoper uit hoofde van art. 7:23 lid 1 BW wordt beschermd, betreffen de non-conformiteit van de verkochte zaak ex art. 7:17 BW. Nadat de verkoper geleverd heeft, is het verkochte uit zijn macht overgegaan in die van de koper. De ongunstige gevolgen daarvan met betrekking tot het vaststellen en bewijzen/betwisten van enige wanprestatie nemen voor de verkoper – althans, zo is kennelijk de gedachte van de wetgever – met de tijd toe. In bepaalde gevallen komt deze gedachtegang mij redelijk voor. Door tijdsverloop kan immers de ernst van het gebrek toenemen of het herstel daarvan bezwaarlijker worden.⁹⁸⁸ Indien de verkoper na verloop van (te)

⁹⁸⁸ In dit verband kan tevens worden gewezen op het risico van schadevermeerdering, waarvan het in voorkomende gevallen onredelijk zou zijn dat tevens aan de verkoper toe te rekenen. Wellicht zou een oplossing kunnen worden gevonden door de verkoper in het geval van (lang) tijdsverloop en schadevermeerdering (als gevolg van dit

lange tijd dient aan te tonen dat het oorspronkelijk geleverde niet zodanig gebrekkig was als op het moment van klagen, en dat deze schadevermeerdering inherent is aan het trage reageren van de koper, dan kan zich de situatie voordoen dat de verkoper in zijn bewijsbelang beschermd dient te worden en de koper ter zake van de tekortkoming zijn rechten verliest. Echter, in veel andere gevallen komt mij deze bescherming in eerste instantie (te) voorbarig voor. Het is immers de *koper* die volgens de hoofdregel van het bewijsrecht (art. 150 Rv) aan dient te tonen dat het gebrek waarover hij klaagt al ten tijde van de aflevering dan wel de bezorging in deze omvang bestond.⁹⁸⁹ Hoe langer de periode is tussen de aflevering en de klacht, hoe moeilijker het dus in eerste instantie voor de *koper* is om aan te tonen dat er sprake is van een gebrek én dat dat al ten tijde van de aflevering bestond.⁹⁹⁰ Het is dan ook maar de vraag of het werkelijk zo lastig is voor de verkoper om te betwisten dat er sprake is van non-conformiteit.⁹⁹¹ De wetgever heeft hier onvoldoende onder ogen gezien dat tijdsverloop in de eerste plaats nadelig is voor de koper.⁹⁹² In het tijdsverloop tussen aflevering en klacht ligt mijn inziens reeds een zekere ‘natuurlijke’ bescherming voor de verkoper besloten.

tijdsverloop) tegemoet te komen in zijn bewijspositie (en in sommige gevallen slechts in zijn *betwist*positie, aangezien de koper in eerste instantie moet bewijzen dat er een gebrek is en dat hij hierdoor bepaalde schade heeft geleden en de verkoper dit vervolgens ‘slechts’ gemotiveerd hoeft te betwisten). De koper zou in zo’n geval wellicht bijvoorbeeld kunnen worden opgedragen tevens te bewijzen dat er geen schadevermeerdering is opgetreden door zijn dralen.

⁹⁸⁹ M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. B65b), Deventer: Kluwer 2019, p. 73; R. Overeem, *Consumentenkoop*, Serie Bijzondere Contracten 4a, Groningen: H.D. Tjeenk Willink bv 1976, p. 117.

⁹⁹⁰ Uit art. 7:18 lid 2 BW blijkt dat een consumentkoper gedurende zes maanden na de levering (slechts, maar toch) moet aantonen dat de gekochte zaak niet aan zijn verwachting voldoet. In de gevallen waar ik hier op doel, zal echter vaak sprake zijn van een tijdsverloop langer dan zes maanden na levering, waardoor ook de consumentkoper het volledig bewijsrisico ten aanzien van de non-conformiteit draagt. Bovendien is het zo dat art. 7:18 lid 2 BW vanwege de implementatie van Richtlijn 1999/44 in het BW is ingevoerd, en daarmee dus dateert van ver na de inwerkingtreding van het NBW. Met deze gedeeltelijke bewijsverlichting voor de koper heeft de wetgever bij het opstellen van art. 7:23 lid 1 BW dan ook geen rekening gehouden. Bij het opstellen van art. 7:23 lid 1 BW droegen alle kopers de volledige bewijslast van de gestelde non-conformiteit.

⁹⁹¹ W.H. van Boom, ‘Zorgplicht vs. Klachtplicht’, *AA* 2013/10, p. 758, nt. 7.

⁹⁹² Zo ook M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. B65b), Deventer: Kluwer 2004, p. 70 (niet herhaald in de opvolgende drukken).

6.7.4 Rechtszekerheidsbelang verkoper

Aan art. 7:23 BW liggen onmiskenbaar rechtszekerheidsargumenten ten grondslag: de verkoper moet op de hoogte worden gesteld dat hij geconfronteerd zou kunnen worden met non-conformiteitsclaims met betrekking tot zijn prestatie. Volgens Smeehuijzen valt het echter met de rechtszekerheid die bewerkstelligd wordt door de klachtplichtbepaling reuze mee: ten eerste vergt de toets die de rechter moet aanleggen, dat alle omstandigheden van het geval beschouwd (en dus ook vastgesteld) moeten worden, ten tweede is het lastig om te bepalen welk gewicht die omstandigheden precies moet worden toegekend (wanneer is het nadeel dat de debiteur door tijdsverloop lijdt zo zwaar dat verlies van recht moet volgen?), ten derde is onduidelijk welke uiting van onvrede volstaat (hoe expliciet moet men zijn?). Tegenover deze zogenaamde ‘rechtszekerheidszwakte’ van de klachtplicht zou volgens Smeehuijzen dan ook een nogal uitgesproken rechtvaardigingsopbrengst moeten staan.⁹⁹³

Ook Hartlief heeft zo zijn twijfels over de beoogde rechtszekerheid: het is volgens hem evident dat men weinig houvast heeft bij het bepalen of er nu wel of niet is voldaan aan de klachtverplichting. Weten kopers hoe lang zij hebben en verkopers wanneer zij kunnen zeggen dat reclame ontijdig is?⁹⁹⁴ Denk daarbij aan de regels die de Hoge Raad heeft gegeven in het Pouw/Visser-arrest omtrent het vaststellen van de tijdigheid van de klacht: de rechter dient *alle omstandigheden van het geval* mee te nemen in zijn beslissingen omtrent de onderzoeks- en klachttermijn en het eventueel ingestelde onderzoek.⁹⁹⁵ Van Boom noemt in deze nog dat de uitkomst van individuele procedures minder voorspelbaar worden en de kenbaarheid van het recht minder dan maximaal is.⁹⁹⁶ Veel rechtszekerheid kan daar niet uit gehaald worden. Bollen en Hartlief voegen nog toe dat de achtergrond van de

⁹⁹³ J.L. Smeehuizen, ‘Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is’, *WPNR* 2013/6988, p. 741-751. In het kader van zijn vergelijking van de klachtplicht met de verjaring, komt Smeehuizen tot de conclusie dat de noodzaak van de klachtplicht er niet steeds is, waarmee hij bedoelt dat in veel geschillen de verjaring of de rechtsverwerking het ook hadden kunnen afdoen.

⁹⁹⁴ T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde koper’, *AA* 2008/05, p. 367.

⁹⁹⁵ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, *NJ* 2008/606 (Pouw/Visser).

⁹⁹⁶ W.H. van Boom, ‘Klachtplicht bij koop’, *AA* 2011/11, p. 813.

klachtplicht in ieder geval niet lijkt te zijn dat de schuldenaar weet waar hij aan toe is. Dat is immers de het terrein van de verjaring.⁹⁹⁷

Andere vragen die opkomen naar aanleiding van de door de wetgever geformuleerde ratio van art. 7:23 lid 1 BW zijn gelegen in de situatie waarin de verkoper op de hoogte was van het gebrek in het door hem verkochte, in het geval dat de verkoper geen nadeel heeft ondervonden door de late klacht en in de situatie van verborgen gebreken. Op deze punten wordt uitgebreid ingegaan in het hierop volgende H. 7. Ik volsta hier met de opmerking dat in alle drie de situaties de vraag kan worden gesteld of de ratio van de klachtplichtbepaling de toepassing in deze kan rechtvaardigen.

6.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is naar voren gekomen dat de historische wortel van de huidige Nederlandse onderzoeks- en klachtplichtbepaling bij koop ligt bij de *handelskoop* – de (door)verkoop van roerende *soortzaken*.

In het oud BW was slechts een regeling opgenomen met betrekking tot het klacht*recht* aan de zijde van de koper in geval van verborgen gebreken bij *specieszaken*. Deze regeling (art. 1547 OBW) was gestoeld op het Romeinse recht en diende in eerste instantie tot bescherming van de belangen van de *koper*. In het huidig BW is deze specifieke regeling niet meer opgenomen, omdat deze – door de veranderingen omtrent de opvattingen over de algemene wanprestatie – verworpen was van een voor de koper gunstige regel tot één die de belangen van de verkoper te veel bevoordeelde ten opzichte van die van de koper.

In het kader van de *genuskoop* speelde een andere ontwikkeling. Door de opkomst van het moderne handelsverkeer is deze vorm van koop steeds belangrijker en omvangrijker geworden. In het kader van de koop van *soortzaken* is onder het oude recht echter nauwelijks aandacht besteed aan de vraag wanneer er sprake was van wanprestatie. Werd de regeling van de

⁹⁹⁷ Bovendien zitten we dan ook in het vaarwater van art. 6:88 BW: C. Bollen en T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld', *NJB* 2009/43, p. 2809.

verborgen gebreken eerst nog analoog toegepast op de koop van genuszaken, in de jaren 50 van de vorige eeuw is dit door de rechtspraak losgelaten. Duidelijk werd dat de regeling van art. 1547 OBW niet van toepassing was op de koop van soortzaken. In de jurisprudentie en de doctrine, en dan met name naar aanleiding van het artikel van Verstegen, was de onderzoeks- en klachtplicht van de koper bij soortzaken reeds ontwikkeld in het kader van de *verwerking* van het reclamerecht van de koper. De plicht van de koper om de gekochte waar te onderzoeken en van eventuele gebreken melding te maken bij de verkoper en het verlies van zijn rechten bij verzaking daarvan, is met name op basis van argumenten uit het handelsverkeer gerechtvaardigd. Van een wetsartikel is het onder het oude BW niet gekomen.

De onderzoeks- en klachtverplichting van de koper is vervolgens – mede geïnspireerd op het Weens Koopverdrag, dat op haar beurt weer sterk gestoeld was op het Duitse handelskooprecht – in 1992 gecodificeerd. Met de invoering van het klachtplichtartikel in het huidige BW is het toepassingsbereik van dit leerstuk aanzienlijk verruimd. Art. 7:23 lid 1 BW ziet heden ten dage op alle soorten koopovereenkomsten: *genus*- en *species*koop, koop van vermogensrechten, van onroerend goed, gesloten tussen professionele en niet-professionele contractspartijen. Door de wetgever zijn echter geen aanvullende argumenten opgeworpen die kunnen rechtvaardigen dat de klachtplicht zich thans zo ruim uitstrekt. Betoogd is dat het ontbreken van deze aanvullende argumentatie wellicht verklaard (maar daarmee nog niet gerechtvaardigd) kan worden door de afschaffing van het Wetboek van Koophandel: door de overheveling van het handelsrecht naar het algemeen verbintenissenrecht is de onderzoeks- en klachtplichtbepaling noodgedwongen opgenomen in dit algemene verbintenissenrecht. Aannemelijk is mijns inziens dat de regeling, indien het Wetboek van Koophandel was blijven bestaan, gezien haar ontstaansgeschiedenis alleen daar geplaatst zou zijn of dat de wetgever bij plaatsing in het algemene verbintenissenrecht ten minste de verruiming van het toepassingsbereik had onderbouwd.

De ratio van de huidige onderzoeks- en klachtplichtregeling is volgens de wetgever de bescherming van de verkoper, en dan met name de bescherming van zijn bewijsbelang. Ook dient de verkoper erop te kunnen rekenen dat de

koper hem bijtijds inlicht over eventuele tekortkomingen in het geleverde. De wetgever heeft nagelaten te vermelden *waarom* de verkoper in deze belangen bescherming dient te genieten.

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is, na eerst een vrij klakkeloze herhaling van de door de wetgever gegeven ratio, een tendens zichtbaar waarbij meer rekening wordt gehouden met de belangen van de verkoper én de koper. Uitzondering op deze tendens is het in 2017 gewezen arrest waarbij de klachtplicht tevens van toepassing is verklaard indien de koper zich beroept op bedrog.

In de doctrine wordt de ratio van de onderzoeks- en klachtplicht van de koper gevonden in de bescherming van drie belangen van de verkoper bij een spoedige melding van gebreken. Ten eerste is dat het belang van de verkoper om niet in een moeilijker bewijspositie te komen door een (te) late klacht. Ten tweede heeft de verkoper belang bij de klachtplicht om zo de gevolgen van de tekortkoming te kunnen beheersen. Ten derde wordt het belang genoemd dat de verkoper heeft bij spoedige duidelijkheid over zijn rechtspositie.

De onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper van art. 7:23 lid 1 BW is zoals gezegd van toepassing op alle koopovereenkomsten, ongeacht de hoedanigheid van partijen en het soort zaken (of rechten) dat verkocht wordt. Uit de voorgaande delen van dit boek bleek reeds dat deze rechtsfiguur gebaseerd is op regelingen die hun oorsprong vinden in het handelskooprecht, waar de betrokken partijen deskundig zijn, zich (veelal) bevinden in een verkoopketen en roerende zaken verhandelen. Hetzelfde kan gezegd worden over de ontwikkeling van het leerstuk in het Nederlandse recht: de klachtplicht aan de zijde van de koper is opgekomen en vormgegeven op het terrein van de (opkomende) handelskoop. Met de opname in het Nieuw BW is het toepassingsbereik aanzienlijk verruimd; bij de hierboven weergegeven ratio van de huidige regeling door de wetgever is echter geen enkele rechtvaardiging of verklaring opgenomen met betrekking tot deze verruiming. De ratio en rechtvaardiging van de huidige klachtplichtregeling dient mijns inziens echter juist worden gezien in het licht van haar commerciële achtergrond en historie. De (op sommige punten klakkeloze) bescherming van de belangen van de verkoper, die ter rechtvaardiging van het verlies van rechten aan kopers zijde wordt opgevoerd, valt wellicht binnen

het handelskooprecht te begrijpen, maar met betrekking tot alle andere vormen van koop kan hier zeer wel aan getwijfeld worden. De vraag, of het huidige toepassingsbereik van de onderzoeks- en klachtplicht in het Nederlandse recht gerechtvaardigd kan worden door haar ratio en de voor invoering opgeworpen argumenten, wordt beantwoord in H.8. Allereerst geeft het hierop volgende hoofdstuk, H. 7, een weergave van de toepassing van de klachtplicht in het Nederlands recht.