



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 8

Evaluatie en conclusies

8.1 Inleiding

In het Nederlandse kooprecht is sinds 1992 met de invoering van het nieuw BW een wettelijke regeling opgenomen met betrekking tot de klachtplicht van de koper. Het onderzoek naar de totstandkoming van deze regel in hoofdstuk 6 heeft geleerd dat de regel in het nationale recht haar oorsprong vindt in het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking, dat op haar beurt een species van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is. Kort gezegd kan een contractspartij door haar eigen gedragingen rechten verliezen die zij zou hebben gehad op grond van een tekortkoming in de nakoming van haar wederpartij. De regel van de klachtplicht is daarmee een sterk verweer voor de tekortschietende verkoper: indien diens beroep op de verzaking van deze verplichting aan kopers zijde slaagt, is de verkoper niet langer gehouden alsnog conform na te komen. De klachtplicht vormt daarmee een potentieel vergaande inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel dat inhoudt dat de verkoper – en iedere andere contractspartij – in beginsel verplicht is om gemaakte afspraken na te komen. Voor deze inbreuk dient een gedegen rechtvaardiging te bestaan. Waarom is deze inbreuk toegestaan en aan wie? Waar dient deze inbreuk toe? De vraag die in dit onderzoek centraal staat ziet op de rechtvaardiging van deze inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel in het Nederlandse kooprecht.

Naar huidige Nederlands recht kan elke verkoper een beroep kan doen op het klachtplichtverweer, ongeacht de soort verhouding die hij met zijn koper heeft. De ratio van deze regeling is gelegen in de bescherming van de belangen van de verkoper in de verkooprelatie. Uit de bestudering van de totstandkomingsgeschiedenis in het nationale recht kwam echter naar voren dat deze regeling voornamelijk uit het *handelskooprecht* is voortgevloeid: professionele contractspartijen die handelen in roerende (voornamelijk soort)zaken in verkoopketens die door de jaren heen steeds internationaler zijn geworden. De professionaliteit van partijen – en dan met name de professionaliteit van de *koper* – en de eisen van een goed en vlot werkend

handelsverkeer – als er een gebrek is, doet zich dat in geval van een handelskoop vaak bij een hele partij handelswaar in een verkoopketen voor – hebben ervoor gezorgd dat kopers in een handelsketen snel dienen te ageren op eventuele onvolkomenheden, voordat de goederen verder in de keten terecht komen. De verkopers in deze ketens dienen te kunnen vertrouwen op dit snelle handelen en dienen derhalve beschermd te worden tegen (ver)late klachten. Vóór 1992 konden kopers in deze koopverhoudingen hun rechten op grond van de non-conformiteit van de goederen verliezen door middel van het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking.¹³³⁷ Het verweer dat heden ten dage ter beschikking staat aan iedere verkoper door middel van art. 7:23 lid 1 BW, was onder het oude BW dus nog niet opgenomen in de wet. Verkopers van genuszaken¹³³⁸ moesten zich behelpen met het leerstuk van de rechtsverwerking, aan de eisen waarvan minder snel is voldaan dan aan de eisen die het huidig recht stelt aan een verzaking van de klachtplicht.

Zoals gezegd werd met de invoering van dat artikel het toepassingsgebied van het klachtplichtverweer aanzienlijk verruimd: waar onder het oude recht het verlies van rechten aan kopers zijde voornamelijk plaatsvond in een handelskooprelatie op grond van rechtsverwerking, kregen met de invoering van art. 7:23 lid 1 BW alle verkopers een vrij gemakkelijke¹³³⁹ mogelijkheid

¹³³⁷ Een beroep op rechtsverwerking was – en is – niet beperkt tot verkopers in een handelskooprelatie, maar aangezien dit leerstuk een toepassing is van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slaagt dit beroep minder snel buiten handelskoopsituaties daar het verlies van rechten minder snel voor de hand ligt buiten deze professionele setting. Onder het oude recht konden kopers van specieszaken in het geval van verborgen gebreken op grond van art. 1547 OBW hun *rechtsvordering* verliezen, maar in beginsel dus wel klagen over verborgen gebreken. Kopers van genuszaken daarentegen, hadden dit ‘klachtrecht’ in beginsel niet – totdat de regeling met betrekking tot de wanprestatie werd uitgebreid in die zin dat kopers van genuszaken ook aanspraak mochten maken op remedies bij gebrekkig geleverde koopwaar, zij het dat aan deze aanspraak grenzen werden gesteld in de vorm van het verlies van deze aanspraken door (uiteindelijk) het leerstuk van de rechtsverwerking. Zie H. 6 par. 6.1 en 6.3.

¹³³⁸ Opmerking verdient dat het begrip ‘genuszaak’ door de Hoge Raad ruim werd opgevat ter voorkoming van de toepasselijkheid van de verborgen gebreken-regeling: nagenoeg alle verkochte zaken werden als genuszaak gezien, zie HR 29 januari 1971, ECLI:NL:PHR:1971:AC5082, m.nt. G.J. Scholten, *NJ* 1971/221 (Wasautomaten). Daarmee kwalificeerden in de regel gekochte zaken buiten de handelskoop ook als genuszaken waardoor onder het oud BW het toepassingsbereik van de klachtplicht (in de zin van de ongeschreven rechtsverwerking) al fors werd uitgebreid.

¹³³⁹ In vergelijking met een beroep op het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking.

claims van kopers af te weren met een beroep op art. 7:23 lid 1 BW.¹³⁴⁰ In de parlementaire geschiedenis ontbreken echter argumenten *waarom* het toepassingsgebied van het klachtplichtverweer zou moeten worden verruimd – meer specifiek: waarom het toepassingsgebied ruimer zou moeten zijn dan de handelskoop – en *waarom* een beroep op het verlies van rechten aan kopers zijde zou moeten worden vergemakkelijkt. In het kader van de verborgen gebreken stelt Verhoeven dat de wetgever bij het opleggen aan de koper van de verplichting om de verkoper binnen een bekwame termijn op de hoogte te stellen van een ontdekt verborgen gebrek, heeft miskend dat de korte klachttermijn uit artikel 7:23 lid 1 BW van oorsprong een rechtsverwerkingstermijn is, die haar oorsprong vindt in het handelsrecht en die nu juist van toepassing was op de gevallen waarin een zaak werd geleverd die zichtbaar van de overeenkomst afweek.¹³⁴¹

Bij de formulering van het leerstuk van de klachtplicht aan kopers zijde is aansluiting gezocht bij het Weens Koopverdrag (hierna ook: CISG), meer in het bijzonder bij de art. 38 en 39 CISG, welke regelingen op hun beurt zijn gebaseerd op het Duitse Handelsgesetzbuch (HGB). Het onderzoek in de hoofdstukken 2 en 4 laat zien dat deze klachtplichtregelingen zijn ontwikkeld in het *handelskooprecht*. De ter rechtvaardiging van de bescherming van de belangen van de verkoper en daarmee van de inbreuk op de rechten van de koper aangevoerde argumenten zijn alle gelegen in de afgebakende sfeer van het handelsrecht.

Het is daarmee gegeven dat de oorsprong van de klachtplicht aan de zijde van de koper zowel direct als indirect is gelegen in het handelsrecht, meer specifiek in de handelskoop. Het huidige toepassingsbereik van de Nederlandse klachtplicht reikt echter veel verder dan de handelskoop. Aldus rijst de vraag: kunnen de argumenten die zijn gegeven voor de opname van een klachtverplichting aan de zijde van de koper dit ruime toepassingsgebied rechtvaardigen?

Zoals het onderzoek in hoofdstuk 6 heeft laten zien, zijn er door de Nederlandse wetgever geen expliciete argumenten genoemd waarom de klachtplichtbepaling bij koop met de invoering van het nieuwe BW op 1 januari 1992 een ruimer toepassingsgebied heeft gekregen. In dit hoofdstuk

¹³⁴⁰ Voor andere schuldenaren die een prestatie moeten leveren, biedt art. 6:89 BW een overeenkomstige mogelijkheid. Deze bepaling blijft hier verder buiten beschouwing.

¹³⁴¹ J.J. Verhoeven, 'Het gelijk der curulische aedilen', *Groninger opmerkingen en mededelingen* XXIII/2006, p. 43.

worden daarom in par. 2 allereerst de criteria en argumenten die bij de totstandkoming van de onderzoeks- en klachtplichten in het Duitse recht en het Weens Koopverdrag naar voren zijn gebracht, uiteengezet. In de daaropvolgende paragrafen wordt het toepassingsbereik van de Nederlandse regeling aan deze criteria en argumenten getoetst, gevolgd door de evaluatie van het huidige toepassingsbereik van de klachtplicht bij koop in het Nederlandse recht (par. 3). In deze paragraaf wordt antwoord gegeven op de vraag of de huidige inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel voor alle koopovereenkomsten in het Nederlandse recht, gelet op de handelsrechtelijke oorsprong van de regeling, gerechtvaardigd is. In par. 4 wordt aandacht besteed aan de kritiek op de belasting van de koper met onderzoeks- en klachtplichten die reeds (ver) vóór de opname van deze regeling in het BW werd geuit en bevat een pleidooi voor een perspectiefwisseling met betrekking tot de verplichtingen van de contractspartijen. In par. 5 wordt ingegaan op de vraag wat de gevolgen zouden zijn voor verkopers die geen gebruik meer zouden kunnen maken van het klachtverweer indien de regeling van de klachtplicht slechts zou gelden voor de handelskoop. Par. 6 ten slotte bevat de algemene conclusies en aanbevelingen van mijn onderzoek.

8.2 Criteria toepasselijkheid onderzoeks- en klachtplicht naar Duits recht en het Weens Koopverdrag

De Nederlandse regeling van de klachtplicht bij koop is, zoals eerder uit dit onderzoek naar voren kwam, gebaseerd op de regeling zoals die in het Weens Koopverdrag is opgenomen¹³⁴², die op haar beurt weer sterk beïnvloed is door

¹³⁴² 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. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 154, p. 146 onder noot 2 en p. 157; S.A. Kruisinga, 'The Impact of Uniform Law on National Law: Limits and Possibilities – CISG and Its Incidence in Dutch Law', *Electronic Journal of Comparative Law*, vol 13.2 (May 2009); C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 21, 23; R.I.V.F. Bertrams, *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 2; A.C. Steenbeek, 'Enige opmerkingen over art. 7.1.3.5 Nieuw BW: de klachtplicht van de koper ter zake van het niet-beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst', *Kwartalbericht 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. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 154, p. 148.

het Duitse recht.¹³⁴³ Uit het onderzoek naar het Duitse kooprecht en het Weens Koopverdrag blijkt dat alleen wanneer aan specifieke eisen is voldaan, de opname van de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper gerechtvaardigd werd geacht:

- Beide contractspartijen dienen te handelen in een professionele hoedanigheid: professionele verkopers hebben specifieke handelsrechtelijke belangen die bescherming behoeven en professionele kopers beschikken over voldoende kennis van zaken om met een onderzoeks- en klachtplicht te worden belast.
- De klachtplicht geldt alleen met betrekking tot de verkoop van roerende zaken.

De belangen die blijkens het voorgaande onderzoek beschermd moeten worden door het bestaan van onderzoeks- en klachtplichten aan de zijde van de koper zijn de volgende:

- De belangen van de verkoper die zien op het alsnog correct kunnen nakomen moeten worden beschermd;
- De belangen van de verkoper die zien op het veiligstellen van zijn (bewijs)positie ten opzichte van de koper moeten worden beschermd;
- De belangen van de verkoper die zien op het veiligstellen van zijn positie ten opzichte van zijn voorschakels moeten worden beschermd;
- De belangen van het handelsverkeer in het algemeen die zien op een snelle afwikkeling van geschillen ('need for speed') moeten worden beschermd.

¹³⁴³ 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."

Deze te beschermen belangen van professionele verkopers en het belang van het handelsverkeer bij de vlotte doorstroom van goederen en een snelle afwikkeling van geschillen¹³⁴⁴, maken duidelijk dat het moet gaan om de verkoop van (meestal in grote partijen) roerende zaken in een keten.

Het feit dat de onderzoeks- en klachtplicht van toepassing is in het geval van twee professionele contractspartijen die handelen in roerende zaken, is in het Duitse recht en het Weens Koopverdrag als volgt beargumenteerd. Met betrekking tot de *professionaliteit van de verkoper* wordt gesteld dat deze verkoper specifieke, aan het handelsverkeer inherente, belangen heeft die bescherming dienen te genieten: zo kan een verkoper die tijdig op de hoogte wordt gesteld van een gebrek in het geleverde, de rest van zijn voorraad op het bestaan van dit gebrek controleren en tevens reeds verkochte zaken met dit gebrek uit de handel halen.¹³⁴⁵ Op het moment dat de verkochte zaken in grote hoeveelheden uit de macht van de verkoper zijn, moet hij, en met hem de keten in zijn geheel, erop kunnen vertrouwen dat de zaken verder kunnen worden verhandeld. De korte vervaltermijn zorgt bovendien voor voorspelbaarheid: in het commerciële handelsverkeer wordt immers grote waarde gehecht aan het van tevoren kunnen inschatten van (juridische) risico's.¹³⁴⁶ Professionele verkopers hebben, meer dan niet-professionele verkopers, een grote behoefte aan zekerheid met betrekking tot het inschatten van eventuele procedures en hun rechtspositie daarin. In het licht van de veelvoud aan contracten die een professionele verkoper sluit, is het hem er in bijzondere mate aan gelegen dat de contracten die hij naar zijn mening op correcte wijze is nagekomen, zo snel mogelijk definitief afgesloten kunnen worden, omdat hij anders uit voorzorg bijvoorbeeld extra (financiële) reserves moet opbouwen, voor langere tijd zijn documentatie moet bewaren,

¹³⁴⁴ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 9a; C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 135.

¹³⁴⁵ M. Lehmann, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers in BGB und HGB', *WM* 1980/41, p. 1168.

¹³⁴⁶ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 3; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 1, 32; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

onproductieve geschillen moet voeren, enzovoorts.¹³⁴⁷ De bescherming van het bewijsbelang van de professionele verkoper ten slotte, ziet niet alleen op de relatie met zijn koper, maar tevens op zijn mogelijkheden om zijn voorgangers in de verkoopketen aan te spreken.¹³⁴⁸

De *professionele koper* kan – en mag ook¹³⁴⁹ – worden belast met een onderzoeks- en klachtplicht omdat deze kopers (worden geacht te) beschikken over de benodigde kennis van zaken en ervaring hebben met het handelsverkeer¹³⁵⁰, alsmede dat zij oog dienen te hebben voor de *need for speed* van het handelsverkeer. De aan de klachtplicht gekoppelde onderzoeksverplichting veronderstelt des kopers deskundigheid. Aangenomen kan worden dat professionele kopers meer relevante kennis van zaken kunnen hebben over de gekochte zaken dan hun verkopers omdat zij de zaken voor een specifiek doel verder verhandelen. Veel professionele

¹³⁴⁷ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

¹³⁴⁸ B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 3 onder verwijzing naar: Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897, S. 223, opgenomen in: Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd II/2B: Denkschriften, Beratungen, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 1135f; H. Flechtner, 'Buyer's obligation to give notice of lack of conformity (Articles 38, 39, 40 and 44)', in: F. Ferrari, H. Flechtner, R. Brand (ed), *The Draft UNCITRAL Digest and beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, München: Sellier. European Law Publishers 2004, p. 384-385.

¹³⁴⁹ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 43 stelt dat men niet alleen van een professionele koper eerder dan van een niet-professionele koper kan verwachten dat hij de ontvangen zaken onderzoekt en opgekomen gebreken onmiddellijk mededeelt aan zijn verkoper; op grond van zijn professionaliteit *mag* men dit ook eerder verwachten.

¹³⁵⁰ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Vahlen 2020, Rn. 3 bij *Vorbemerkung vor § 377* onder verwijzing naar *Hahn/Mugdan* (Hrsg.), *Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, 6. Bd.: Materialien zum Handelsgesetzbuch (1897), S. 189, 376. Zie ook B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 3 en P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts* (1965), p. 289, beide onder verwijzing naar Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897, S. 223 en 224, opgenomen in: Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd II/2B: Denkschriften, Beratungen, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 1135f.

kopers profiteren bovendien in de doorverkoop van de gekochte zaken weer van de klachtplicht van hun kopers.¹³⁵¹

Ten slotte is de klachtplicht in het Duitse recht en het Weens Koopverdrag alleen van toepassing bij de verkoop van *roerende zaken*. Het onderzoek heeft uitgewezen dat hierbij voornamelijk wordt gedacht aan de verkoop van (grote hoeveelheden) *soortzaken* in een *keten*. Ter rechtvaardiging van de klachtplicht aan kopers zijde werd in dit kader aangevoerd dat de verkoper zekerheid moet hebben over de vraag of de koper de verkochte zaken wil behouden of niet. De professionele verkoper diende tijdig weer over zijn verkochte zaken te kunnen beschikken; dit was bijvoorbeeld volgens de Duitse wetgever met name van belang voor het vinden van een eventuele andere afnemer.¹³⁵² Deze opvatting laat duidelijk de samenhang van de klachtplicht en de verkoop van *soortzaken* zien: zaken die bijvoorbeeld ‘slechts’ van een lagere kwaliteit zijn, kunnen hoogstwaarschijnlijk nog wel (voor een lagere prijs) aan een ander verkocht worden.¹³⁵³ Een tijdige klacht van de koper dient tevens om de distributie van zaken in de verkoopketen soepel te laten verlopen.¹³⁵⁴ Nalatig gedrag in de verkoopketen treft immers niet alleen individuele partijen, maar ook het vlotte verloop van verkochte goederen in de keten als geheel. Genoemd wordt tevens dat in het bijzonder bij de verkoop van massaproducten, het in meer of mindere mate optreden van gebreken bijna onvermijdelijk is.¹³⁵⁵

Kortom, het commerciële handelsverkeer heeft behoefte aan ‘hard and fast rules’, waarvan de klachtplicht een sprekend voorbeeld is.¹³⁵⁶

¹³⁵¹ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch* 2, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 9a; J.C. Reitz, ‘A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods’, *The American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 466-467.

¹³⁵² Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 645 en 648.

¹³⁵³ H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 98. Zie ook W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch* 2, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 9.

¹³⁵⁴ Zie hieromtrent H. 2 par. 2.2.1. Zie tevens H. 2 par. 2.5.2.5. Zie ook A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 20.

¹³⁵⁵ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

¹³⁵⁶ C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 132.

Het argument dat ziet op de bescherming van de belangen van het handelsverkeer in het algemeen, wordt in dit onderzoek niet expliciet meegenomen in de toetsing of het huidige toepassingsbereik van de klachtplicht in het Nederlandse recht kan worden verklaard en gerechtvaardigd. Ik zou voor deze keuze graag het argument dat door Fletchner in het kader van het Weens Koopverdrag naar voren is gebracht, gebruiken.¹³⁵⁷ Het is immers de vraag of de klachtplichtregeling *op zich* als doel heeft het handelsverkeer in het algemeen te beschermen – naast het doel dat ziet op de bescherming van de belangen van de individuele verkoper. De klachtplicht moet mijns inziens worden beschouwd als een indirect middel om in de *need for speed* van het handelsverkeer te voorzien. Met andere woorden: de klachtplichtregeling strekt tot de bescherming van de belangen van de verkoper, en dat daarmee bijgevolg de belangen van het handelsverkeer in het algemeen worden gediend, is een bijkomstigheid die niet als doel op zich dient te worden beschouwd. Bovendien is het argument dat ziet op ‘de bescherming het handelsverkeer in het algemeen’ een dermate breed criterium dat het mijns inziens niet ter rechtvaardiging van de opname van een klachtplicht kan dienen. Dat is naar mijn mening overigens niet anders bij de bevrijdende verjaring. In dat kader betoogt Smeehuijzen:

*“Het algemeen rechtszekerheidsbelang heeft, waar het gaat om de gevolgen van verjaring, geen zelfstandige betekenis: het is niet meer dan een optelsom van de toegenomen rechtszekerheid van de individuele debiteuren.”*¹³⁵⁸

8.3 Evaluatie huidige toepassingsbereik klachtplicht Nederlands recht

Teneinde het huidige toepassingsgebied van de regeling van de klachtplicht bij koop in het Nederlandse recht te evalueren, wordt in deze paragraaf

¹³⁵⁷ H. Fletchner, ‘Buyer’s obligation to give notice of lack of conformity (Articles 38, 39, 40 and 44)’, in: F. Ferrari, H. Fletchner, R. Brand (ed), *The Draft UNCITRAL Digest and beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Sellier. European Law Publishers GmbH: München 2004, p. 384-386. Zie hiervoor H 4 par. 4.5.2.

¹³⁵⁸ J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss), Deventer: Kluwer 2008, p. 53. Zie ook uitgebreider H. 8 van zijn proefschrift.

onderzocht of dat toepassingsgebied verklaard en gerechtvaardigd kan worden op basis van het onderzoek naar het nationale recht, het Duitse rechtssysteem en het Weens Koopverdrag.

Zoals reeds uit H.2, par. 2.1 is gebleken, is de reikwijdte van art. 7:23 BW groot. Het is in beginsel van toepassing op alle vormen van koop, ongeacht de hoedanigheid van partijen of wat er verkocht wordt. Zo is de klachtplicht van toepassing op de handelskoop, de consumentenkoop, de koop tussen twee particulieren en tussen een professionele koper en een particuliere verkoper. Het maakt voor de toepassing van art. 7:23 BW evenmin uit, wat er verkocht wordt: zo ziet het artikel bijvoorbeeld op zowel de verkoop van roerende zaken als onroerende zaken, genus- dan wel specieszaken alsook op de koop van rechten.

Zoals hierboven uit par. 2 blijkt, moet een koopovereenkomst waarop het Duitse recht of het Weens Koopverdrag van toepassing is, voldoen aan twee vereisten wil de onderzoeks- en klachtverplichting aan de zijde van de koper van toepassing zijn: professionaliteit van beide contractspartijen en de verkoop van roerende zaken in een keten. Uit deze ‘voorselectie’ blijkt onmiddellijk dat slechts de handelskoop aan deze ‘ingansvoorwaarden’ voldoet. Dit brengt mee dat de op deze rechtssystemen gebaseerde regeling van de onderzoeks- en klachtverplichting zoals die is opgenomen in art. 7:23 lid 1 BW slechts voor wat betreft de verkoop van roerende zaken tussen twee professionelen rechtstreeks verklaard en gerechtvaardigd kan worden. De argumenten die uit het onderzoek naar voren zijn gekomen, die kort gezegd zien op de *need for speed* in het handelsverkeer, rechtvaardigen de inbreuk die de klachtplichtregeling op het *pacta sunt servanda*-beginsel maakt in het geval dat beide partijen handelen in een deskundige hoedanigheid. Alleen de professionele verkoper heeft recht op de (vergaande) bescherming van de klachtplichtregeling, voor zover hij ten opzichte van een deskundige koper handelt, aangezien slechts deze koper vanwege zijn deskundigheid belast kan worden met onderzoeks- en klachtverplichtingen. Ook vanuit het Nederlandse recht zelf kan de toepasselijkheid van de klachtplichtregeling op de handelskoop verklaard en gerechtvaardigd worden. Hierover handelt par. 8.3.1.

Bovenstaande gaat echter niet zonder meer op voor alle andere vormen van koop, die volgens de huidige regeling ook onder het toepassingsbereik van de Nederlandse klachtplichtregeling vallen. Overtuigen de argumenten die gegeven zijn in het Duitse rechtssysteem en het Weens Koopverdrag óók in het geval er geen sprake is van een handelskoop? Zijn er in het Nederlandse recht wellicht andere, of liever gezegd, ‘extra’ argumenten te vinden die de opname van de klachtplichtregeling met haar ruime toepassingsgebied verklaren en rechtvaardigen? Hierover handelt par. 8.3.2.

8.3.1 Toepasselijkheid klachtplicht op de handelskoop naar Nederlandse recht

Het handelsrecht, of in het kader van dit onderzoek de meer beperkte term handelskoop, heeft een aantal specifieke kenmerken dat typerend is voor de contractuele verhouding tussen twee professionele partijen. Tjittes somt in zijn dissertatie onder meer de volgende op:

- het bestaan van specifieke rechtsbeginselen, gewoonten en gebruiken;
- de grote waarde die aan de rechtszekerheid wordt gehecht. Dit hangt volgens Tjittes samen met de essentie van de handel: het duidelijk voor ogen hebben van de risico's die men kan lopen én het feit dat partijen zogenaamde ‘repeat-players’¹³⁵⁹ zijn;
- het dynamische karakter;
- en het internationale karakter.¹³⁶⁰

Volgens Van Delden kenmerkt het handelsrecht zich als volgt:

“(…) in de handel en daarmee het recht, dat die handel beheerst, streeft men naar eenvoudige oplossingen en strikte risicoverdelingen: contract is contract, standaardisering, fatale termijnen, korte termijnen met betrekking tot oplossing van geschillen, stricte, bij voorkeur

¹³⁵⁹ Daaronder verstaat Tjittes overheid of ondernemers die bekend zijn met geschillen over contracten die betrekking hebben op het terrein van hun beroeps- of bedrijfsuitoefening.

¹³⁶⁰ R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss.) Deventer: Kluwer 1994, p. 24-30.

grammaticale, interpretatie, zekerheid en dus zo min mogelijk open normen."¹³⁶¹

Zeylemaker omschrijft de handelskoop als een bedrijfshandeling ('de handeling van kooplieden en alle anderen die uit hoofde van hun bedrijf of beroep kopen en verkopen') en geeft als het eigenaardige van de bedrijfsmatige koop aan 'dat het een overeenkomst is tussen vaklieden en dus deskundigen'.¹³⁶²

Bestudering van de rechtssystemen waarop de Nederlandse regeling is gebaseerd, het Duitse recht en het Weens Koopverdrag, heeft uitgewezen dat de belasting van de koper met onderzoeks- en klachtverplichtingen en de met verzaking van die verplichtingen gepaard gaande inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel gerechtvaardigd kunnen worden in geval van een *handelskoop*. Zoals gezegd, laten de argumenten ter ondersteuning van de onderzoeks- en klachtplichten in het Duitse recht en het Weens Koopverdrag zien, dat de belangen van de verkoper die bescherming genieten voor een groot deel gerelateerd zijn aan de doorverkoop van partijen goederen in een verkoopketen. Immers: indien er iets mis zou zijn met een partij verkochte zaken, dan ziet de verkoper zich geconfronteerd met een aanzienlijke hoeveelheid aan problemen indien die goederen verderop in de keten belanden. Het is derhalve noodzakelijk dat de professionele (doorver)koper een prikkel krijgt om de aan hem verkochte zaken zo spoedig mogelijk na aflevering op hun conformiteit te onderzoeken en zijn verkoper te verwittigen indien er sprake is van een gebrek. Art. 7:23 lid 1 BW voorziet de Nederlandse koper van een dergelijke prikkel, die, in het kader van een handelskoop in een keten, zeer wel te rechtvaardigen valt. De Duitse wetgever heeft er bij de opname van de onderzoeks- en klachtverplichting van de koper op gewezen dat de koper door deze opname niet al te hard getroffen zou worden, aangezien een goede zakenman de aangeboden zaken

¹³⁶¹ R. van Delden, 'Handelsrecht een partijtje ongeregeld?', in: *Haven en handel. Tekst van het afscheidscollege van Prof. mr R. van Delden aangevuld met teksten van de lezingen gehouden tijdens het daaraan voorafgaande symposium 'Haven en Handel'*, Deventer: Kluwer 1992, p. 18.

¹³⁶² J. Zeijlemaker, *Handelskoop*, Zwolle: Tjeenk Willink 1939, nrs. 1 en 2; zo ook A. van Oven, *Handelsrecht; leerboek ten gebruike bij universitaire en daarmee overeenstemmende studie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 185.

toch wel zou onderzoeken en in het geval van gebreken toch wel zou klagen bij zijn verkoper.¹³⁶³ Het bestaan van een dergelijke prikkel bij is bij een handelskoop dus te verklaren, terwijl de inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel relatief beperkt blijft aangezien ‘goede’ professionele contractspartijen sowieso rekening (dienen te) houden met elkaars gerechtvaardigde handelsrechtelijke belangen.

Het onderzoek naar de historische ontwikkeling van de onderzoeks- en klachtplicht van de koper in het Nederlandse recht biedt tevens bevindingen die bevestigen dat de regeling ontwikkeld is vanuit een handelsrechtelijk perspectief.¹³⁶⁴ De ontwikkelingen in het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking, die hebben geleid tot de opname van de huidige wettelijke rechtsverwerkingsbepalingen, laten zien dat de rechtspraak zich voornamelijk concentreerde op geschillen met betrekking tot de handelskoop.¹³⁶⁵ Büchenbacher geeft aan dat reeds in 1865 door een rechterlijk college werd uitgesproken dat spoedige reclame een eis is van het handelsverkeer.¹³⁶⁶ Een van de vragen die ter discussie stond tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging in 1926 was, of de regels met betrekking tot specieskoop en genuskoop op het gebied van (al dan niet) verborgen gebreken gelijk moest worden getrokken in de wet.¹³⁶⁷ De gehele

¹³⁶³ Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven (1857), Zweiter Theil S. 141 zum Art. 264. En: Protokolle zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von I. Lutz, II. Theil (1858) p. 645, 648. Zie C. Recknagel, *Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB*, Frankfurt am Main, Bern, New York: Peter Lang 1985, p. 51.

¹³⁶⁴ Zie H. 6 par. 6.4.2.

¹³⁶⁵ Zie hiervoor H. 6 par. 6.4.2 en A.J. Versteegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 127-132, p. 182-203. Zie ook J.J. Verhoeven, ‘De koper bedrogen. Over oude rechtsvragen en wijsheden die voorbijgaan’, *NTBR* 2010/5, nr. 21, p. 7/17.

¹³⁶⁶ A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, Amsterdam: Scheltema & Holkema’s Boekhandel 1928, p. 88. Zie ook Scholten, die stelt dat de regel dat een koper gekochte waar dient te onderzoeken, door de rechtspraak is gedestilleerd uit het handelsgebruik: P. Scholten in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, ’s Gravenhage: F.J. Belinfante 1926, p. 107.

¹³⁶⁷ Op dat moment bestond er slechts voor de specieskoop een regeling in de wet, het zogenaamde klachtrecht van art. 1547 OBW, dat voorzag in het recht van de koper om te mogen klagen over verborgen gebreken bij de koop van specieszaken. Voor de genuskoop was er toen geen wettelijke bepaling. In de rechtspraak ontstond voor de genuskoop het figuur van de klachtplicht bij koop op grond van de rechtsverwerking. De

discussie omtrent de onderzoeks- en mededelingsplicht aan de zijde van de koper, die zoals gezegd door de rechtspraak was ontwikkeld, betrof de verkoop van *genuszaken* – ook dit duidt aan dat de klachtplicht van de koper geënt is op de verkoop van soortzaken. Houwing stelt in zijn preadvies over de ongeschreven rechtsverwerking dat de wanprestatie waarover de schuldeiser zijn schuldenaar inlicht, verhaal van de schuldenaar op derden die de oorzaak zijn geweest van zijn wanprestatie, zoals de leveranciers, mogelijk maakt. Wanprestatie kan volgens Houwing voor de schuldenaar reden zijn om maatregelen ter voorkoming van herhaling bij volgende prestaties en verdere levering te nemen.¹³⁶⁸ Deze redenatie wijst mijns inziens duidelijk op de achterliggende gedachte bij deze vorm van rechtsverwerking: de handelskoop. Büchenbacher verklaart de intrede van het rechtsfiguur ‘verwerking van reclamerecht’ door de opkomst van de moderne handelskoop.¹³⁶⁹ Ook de parlementaire geschiedenis van art. 7:23 lid 1 BW wijst duidelijk in die richting. Zo valt in daar onder andere te lezen dat de wetgever van mening was dat ‘*De regel, zoals zij thans wordt voorgesteld, [...] tevens overeen [stemt] met het huidige recht*’, waarbij verwezen wordt naar het preadvies van Houwing.¹³⁷⁰ De argumenten die Houwing naar voren brengt in het kader van de rechtsverwerking zijn bijkans alle gelegen in het handelsrecht. Hijma wijst erop dat de voorgeschiedenis van de kooptitel van het huidige BW¹³⁷¹ er mede toe heeft geleid dat de bepalingen van titel 7.1 herhaaldelijk op de koop van *roerende* zaken lijken te zijn toegesneden.¹³⁷² Schut stelt:

eerste regeling is bij nieuw BW vervallen, de tweede regeling is voor alle koop gaan gelden. Zie tevens H. 6 par. 6.2 en 6.3.

¹³⁶⁸ 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.

¹³⁶⁹ A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1928, p. 75 en 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.

¹³⁷⁰ MvA II, *Parl. Gesch. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 154, 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.

¹³⁷¹ Deze voorgeschiedenis is onder andere gelegen in de Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende zaken (LUVI) – de voorganger van het Weens Koopverdrag.

¹³⁷² J. Hijma, ‘Koop en ruil’, *WPNR* 1990/5982, p. 734.

“Belangrijk is echter dat titel 7.1 ONBW een getrouwe copie is van de bijlage van het ontwerp, (het ontwerp van de Beneluxovereenkomst inzake koop en ruil – ST) dat op zijn beurt weer tegen de LUVI aanleunt. Titel 7.1 is dus indirect gestoeld op een in wezen handelsrechtelijke regeling van de internationale koopovereenkomst.”¹³⁷³

Ondanks deze handelsrechtelijke wortel, heeft het leerstuk van de onderzoeks- en klachtplichten in het Nederlandse recht een steeds ruimer toepassingsgebied gekregen.¹³⁷⁴ Toch zien ook de argumenten die in de Nederlandse doctrine naar voren zijn gebracht ter verklaring van de onderzoeks- en klachtverplichting in het huidige recht dikwijls op een handelsrechtelijke setting.¹³⁷⁵ Gewezen wordt bijvoorbeeld op het belang dat de verkoper heeft bij tijdige inlichting aangezien hij daarmee spoedig kan bepalen of verdere productie of fabricage moet plaatsvinden¹³⁷⁶, of het belang dat de verkoper heeft bij het kunnen aanspreken van zijn voorschakels.¹³⁷⁷ In het kader van het rechtszekerheidsbelang dat dikwijls wordt opgevoerd ter rechtvaardiging van de onderzoeks- en klachtplichten wordt genoemd dat het gaat om een *algemeen* rechtszekerheidsbelang (en niet alleen een individueel belang van de betreffende verkoper) dat ziet op het belang van een goed en ordelijk verloop van het *handelsverkeer*.¹³⁷⁸

¹³⁷³ Asser/*Schut* 5-1 1981, p. 36.

¹³⁷⁴ Zie H. 2 van dit boek.

¹³⁷⁵ Zie hiervoor uitgebreid H. 6 par. 6.6.

¹³⁷⁶ 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. 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.

¹³⁷⁷ 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; 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.

¹³⁷⁸ Zie bijvoorbeeld: conclusie A.G. Wuisman bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4850, *NJ* 2008/605 (Amsing/Dijkstra-Post), onder 3.6.; 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?’, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1991/4, p. 110.

Bovenstaande laat zien dat de regeling van art. 7:23 lid 1 BW ‘past’ binnen een professionele koopverhouding. Gaat het om een handelskoop in een keten, dan brengt dat mijns inziens mee dat er op de professionele koper in beginsel de verplichting (*Obliegenheit*) rust om de verkochte zaken aan een onderzoek te onderwerpen, ook als hij (op het eerste gezicht) geen aanleiding heeft aan de deugdelijkheid te twijfelen. De vraag is echter of het rechtsverlies bij verzaking van de onderzoeks- en klachtplicht ook gerechtvaardigd kan worden buiten de handelskoop.

8.3.2 Toepasselijkheid klachtplicht buiten de handelskoop naar Nederlandse recht

Volgens de wetgever is de ratio van art. 7:23 lid 1 BW 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.¹³⁷⁹ 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.¹³⁸⁰ Echter, de rechtvaardiging van de klachtplicht is hiermee niet gegeven, want: *waarom* behoort deze discussie te worden afgesneden? In de parlementaire stukken valt te lezen dat de wetgever het belang van de verkoper gelegen ziet in het niet geschaad worden in zijn bewijspositie¹³⁸¹ en in het feit dat de verkoper er op moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de

¹³⁷⁹ TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 154, p. 146; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 154, p. 152. Zie voor art. 6:89 BW: MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 316- 317: *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.*

¹³⁸⁰ MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 154, p. 152.

¹³⁸¹ TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 154, p. 146; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 154, p. 152.

verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt.¹³⁸² Ook hier wijdt de wetgever niet uit over het waarom van deze bescherming van de verkoper.

Art. 7:23 lid 1 BW strekt dus ter bescherming van de belangen van de verkoper. Hiervan uitgaande lijkt het handelen van de verkoper geen rol te spelen en wordt evenmin duidelijk om welke belangen van de verkoper het gaat. Welk gerechtvaardigd belang van de verkoper maakt dat de koper zijn rechten verliest, komt hieruit niet naar voren, laat staan dat dit belang ter toets komt.¹³⁸³ De rechtvaardiging voor de bevoegdheid om alle vorderingen van de hand te wijzen wegens te laat klagen, is niet in de Memorie van Toelichting uitgedrukt. Dat betekent dus dat de verkoper in beginsel geen reden hoeft te geven voor het inroepen ervan.¹³⁸⁴ Hartlief merkt op dat de parlementaire stukken hierover summier zijn, wellicht omdat het antwoord op de vraag *waarom* de debiteur bescherming verdient, voor zich spreekt: de rechtvaardiging dient te worden gezocht in de bezwaren die voor de debiteur aan het tijdsverloop verbonden zijn¹³⁸⁵ – waarover hieronder meer.

Niet alleen het verkrijgen van rechten op grond van een tekortkoming van de wederpartij moet zijn gerechtvaardigd (er zijn tal van regels die bepalen onder welke voorwaarden en met welke gevolgen de koper rechten verkrijgt), ook het verliezen van die rechten dient te worden gerechtvaardigd. Volgens Valk veronderstelt die rechtvaardiging bepaald meer dan dat de schuldeiser meer voortvarend had kunnen zijn dan hij is geweest. Het rechtsverlies zal met het oog op de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar noodzakelijk moeten zijn. De bedoeling van de klachtplicht kan en mag niet zijn om de schuldenaar een voordeel in de schoot te werpen, of om geschillen op eenvoudige wijze te kunnen afdoen.¹³⁸⁶ Concreet is dus van belang of de

¹³⁸² MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 316- 317.

¹³⁸³ W.L. Valk, 'Hoe nu verder met de klachtplicht?', *NTBR* 2014/2, p. 2/6.

¹³⁸⁴ W.H. van Boom, 'Zorgplicht vs. Klachtplicht', *AA* 2013/10, p. 758, volgens wie de klachtplicht verwordt tot een *boobytrap* voor de crediteur.

¹³⁸⁵ T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde koper', *AA* 2008/05, p. 363.

¹³⁸⁶ W.L. Valk, 'Hoe nu verder met de klachtplicht?', *NTBR* 2014/2, p. 2/6. Zie ook J.C. Reitz, 'Against Notice: A Proposal to Restrict the Notice of Claims Rule in U.C.C. 2-607 (3)(a)', *73 Cornell Law Review* 543 (1987-1988), p. 539: "*The rule operates, at least in some cases, as nothing more than a "booby-trap for unwary buyers" and a naked preference for sellers.*"

verkoper er echt slechter van is geworden dat het enige tijd heeft geduurd voordat de koper aan de bel trok.¹³⁸⁷

In 1992 zijn het handelsrecht en het burgerlijk recht geïntegreerd.¹³⁸⁸ Zoals blijkt uit het onderzoek in H. 6, is mijn hypothese dat bij de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek – waarin ook het oude Wetboek van Koophandel is geïntegreerd – de in de rechtspraak voor handelskoopovereenkomsten ontwikkelde onderzoeks- en klachtplichten aan de zijde van de koper zijn opgenomen, maar is hierbij nagelaten te onderzoeken of het wenselijk en nodig was om deze onderzoeks- en klachtplichten óók toe te passen buiten de handelskoop. Onderzoek naar de parlementaire geschiedenis van art. 7:23 lid 1 BW wijst uit dat er niet specifiek is ingegaan op de vraag wat de invoering van de klachtplichtregeling in boek 7 BW zou betekenen voor andere koopovereenkomsten dan de handelskoop. Uit de door de wetgever en de jurisprudentie beschreven ratio van het artikel blijkt dat de verkoper bescherming moet genieten tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten en dat hij tijdig op de hoogte moet worden gesteld van een eventuele non-conformiteit, maar niet zozeer *waarom* de verkoper die bescherming *altijd* (lees: in alle koopovereenkomsten, of in elke hoedanigheid) ten opzichte van *iedere* koper moet genieten. Ook Hartlief wijst op het ontbreken van een stevige argumentatie:

*“Maar waarom verdient de debiteur bescherming, waarom moet de debiteur daar nu op kunnen rekenen? En waarom dan deze (zeer) zware sanctie? Wonderlijk genoeg zijn de parlementaire stukken ook hier summier (...). De toelichtende stukken besteden eigenlijk alleen, en dan nog heel summier, aandacht aan eventuele bewijsproblemen.”*¹³⁸⁹

Het ontbreken van een argumentatie bij de invoering van art. 7:23 lid 1 BW wringt des te meer in het geval van een consumentenkoop. Immers, de belangenafweging die is gemaakt voorafgaand aan de opname van de klachtplichtregeling moet op het moment dat er sprake is van een

¹³⁸⁷ W. H. van Boom, ‘Klachtplicht bij koop’, *AA* 2011/11, p. 814.

¹³⁸⁸ Zie uitgebreid H. 6 par 6.5.

¹³⁸⁹ T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde koper’, *Ars Aequi* 2008/05, p. 363-364.

consumentkoper opnieuw worden gedaan – aangezien consumenten worden gezien als zwakkere contractspartijen die op tal van rechtsgebieden extra bescherming genieten door middel van (vaak) dwingendrechtelijke beschermingsbepalingen. Men zou dus in de parlementaire stukken overwegingen mogen verwachten van de wetgever met betrekking tot de rechtvaardiging van het bestaan van een klachtplicht aan de zijde van de consumentkoper.¹³⁹⁰ Deze zijn niet gegeven.¹³⁹¹

Uitgangspunt bij professionele contractspartijen is dat zij kennis van zaken hebben – althans, dat wordt voorondersteld – en dat zij dikwijls in een professionele keten opereren. Deze aspecten zijn bij de overige koopovereenkomsten niet of niet altijd aanwezig. Het onderscheid dat Tjittes maakt tussen zogenaamde ‘repeat-players’ en ‘one-shotters’ is hier van belang. Een ‘repeat-player’ is een partij die bekend is met geschillen over contracten, een ‘one-shotter’ in de regel een particulier die slechts een enkele keer een geschil meemaakt:

“Voor ‘repeat-players’ is de voorspelbaarheid van de uitkomst, de rechtszekerheid, van meer belang dan de concrete billijkheid. Het recht is voor laatstgenoemden een risico-verdeling waarmee in de bedrijfsvoering en bij de prijsstelling en verzekering van risico’s rekening wordt gehouden. (...) Bij ‘one-shotters’ (particulieren) is het tegendeel het geval. De concrete billijkheid is daar van meer belang dan de rechtszekerheid. Het gaat immers om incidentele problemen in individuele gevallen.”¹³⁹²

Het bovenstaande pleit voor een beperkte toepassing van de onderzoeks- en klachtplichtbepaling, aangezien in andere koopovereenkomsten dan de handelskoop de bescherming van de belangen van de verkoper óf niet zozeer spelen (denk aan het waarborgen van de positie in de verkoopketen), óf niet

¹³⁹⁰ Ten tijde van de invoering van art. 7:23 lid 1 in het nieuw BW, werd de consumentkoper niet alleen belast met een klachtplicht (zoals dat tegenwoordig het geval is) maar ook met een onderzoeksverplichting. Er werd tot de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop in het kader van de onderzoeks- en klachtplicht geen onderscheid gemaakt tussen de consumentenkoop en niet-consumentenkoop.

¹³⁹¹ Meer hierover in par. 8.3.2.4 hieronder.

¹³⁹² R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss.) Deventer: Kluwer 1994, p. 26.

direct kunnen rechtvaardigen dat de koper bij verzaking van zijn klachtplicht alle rechten verliest, zonder aanvullende argumentatie. Zoals eerder gesteld, ontbreekt het aan een verklaring of argumentatie vanuit de parlementaire geschiedenis voor de toepasselijkheid van de klachtplicht buiten de handelskoop.

Uit het onderzoek naar het Duitse recht en het Weens Koopverdrag komt een aantal argumenten naar voren die aangeven waarom de verkoper (in een handelsovereenkomst) de bescherming van zijn belangen door middel van de klachtplichtbepaling geniet, namelijk voor het waarborgen van de mogelijkheden om

- alsnog te zorgen voor correcte nakoming van de overeenkomst;
- zijn bewijspositie ten opzichte van de koper veilig te stellen;
- zijn bewijspositie ten opzichte van voorschakels veilig te stellen.

Deze argumenten ontleen zoals gezegd hun waarde aan die gevallen waarin zowel de verkoper als de koper handelen in een professionele hoedanigheid en zij een partij roerende zaken verhandelen in een verkoopketen. Ontbreekt een of beide elementen, dan is het zeer wel de vraag of de vergaande inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel zoals dat nu tot uitdrukking komt in art. 7:23 lid 1 BW gerechtvaardigd is. In onderstaande paragrafen worden deze drie argumenten besproken in het kader van niet-handelskopen. Gaan deze argumenten nu ook onverkort op voor niet-handelskopen? Verdient een verkoper in een niet-handelskoop de vergaande bescherming van de klachtplichtregeling zoals een handelsverkoper die krijgt? Met andere woorden: gaan de achterliggende beschermingsgedachten tevens op buiten het bereik van de handelskoop?

8.3.2.1 Argument om alsnog te zorgen voor correcte nakoming

Een veelgebruikt argument om de onderzoeks- en klachtplicht bij handelskoop te rechtvaardigen is dat deze regel nodig is om de verkoper in staat te stellen alsnog correct na te kunnen komen (door de non-conformiteit te herstellen of over te gaan tot vervanging), aangezien tijdsverloop voor de verkoper enorm kostbaar (kan) zijn. Om alsnog correct te kunnen nakomen heeft de verkoper meestal informatie van de koper nodig. Immers, vanaf het moment dat de zaken zijn geleverd weet de verkoper steeds minder van de

staat waarin de zaken zich bevinden. De idee dat een contractspartij in de gelegenheid moet worden gesteld om alsnog correct na te kunnen komen, zit overigens in het Nederlandse rechtssysteem reeds op een aantal punten ingebakken. Verwezen wordt hierbij naar de verzuimregelingen van art. 6:74 lid 2, art. 6:265 lid 2 en (voor de consumentenkoop) art. 7:19a BW, alsmede naar de hiërarchie van remedies zoals die voor de consumentenkoop is opgenomen onder art. 7:22 lid 2 jo. art. 7:21 BW. Indien een koper zijn verkoper niet eerst in de gelegenheid stelt alsnog correct na te komen, mag hij geen gebruik maken van desbetreffende remedie. De regeling van de onderzoeks- en klachtplichten dient er dan slechts toe om de koper ertoe aan te zetten zijn verkoper *tijdig* in deze gelegenheid te stellen, om zo de verkoper te beschermen tegen extra kosten door tijdsverloop.

De klachtplicht beschermt dus het belang dat de verkoper heeft bij een *tijdige* mogelijkheid om alsnog correct na te komen. De verkoper kan aanzienlijke schade lijden door een ontijdige klacht: enerzijds kan het schadebedrag dat de koper bij de verkoper kan claimen oplopen, omdat de non-conformiteit verergert of omdat de gevolgschade oploopt.¹³⁹³ Met name bij grote aantallen verkochte zaken kunnen de kosten aanzienlijk oplopen. Anderzijds kunnen de kosten van herstel en vervanging zélf hoger liggen. Bij verkoop in een professionele keten kan hier gemakkelijk een voorstelling van worden gemaakt: de verkoper verliest bijvoorbeeld de mogelijkheid om tijdig soortgelijke gebreken bij soortgelijke producten op te sporen en te herstellen en zo het aantal klachten van verschillende kopers te beperken.¹³⁹⁴ Dit is met name aan de orde bij massaproductie en (door)verkoop van soortzaken. Ook kunnen verkochte zaken al verderop in de verkoopketen zijn beland, wat met name bij grote partijen hoge kosten van herstel of vervanging meebrengt.

¹³⁹³ Zie bijvoorbeeld H.P. Niedrig, *Die Mängelrüge. Historische und teleologische Untersuchungen zu § 377 HGB*, Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh 1994, p. 100; A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 25; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 140; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 42; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42. BGHZ 66, 208, 213f.; 91, 293, 299f.; 101, 49, 53; 101, 337, 345.

¹³⁹⁴ Zie ook J.C. Reitz, 'Against notice: A Proposal to Restrict the Notice of Claims Rule in U.C.C. 2-607 (3)(a)', *73 Cornell Law Review* 543 1987-1988, p. 558 en 572.

Buiten de handelsrechtelijke setting overtuigt dit argument echter niet zo snel. De omstandigheden die een verlate herstel- of vervangingsactie extra kostbaar kunnen maken, ontbreken veelal buiten de handelskoop. Een algeheel verlies van rechten omdat de koper te laat klaagt, is dan niet op zijn plaats. De schade die de verkoper lijdt omdat de koper bij een ontijdige klacht een hoger bedrag aan (gevolg)schade kan claimen dan bij een tijdige, zou immers ook kunnen worden ondervangen door de regeling van de schadebeperking in de zin van de eigen schuld-regeling.¹³⁹⁵ Een andere mogelijkheid is dat de schade, voor zover die voorkomen had kunnen worden door een eerdere klacht, niet langer in voldoende causaal verband staat met de tekortkoming.¹³⁹⁶ Deze regelingen zorgt ervoor dat de verkoper deze schade of dat deel van de schade niet (meer) hoeft te vergoeden, zonder dat de verkoper in het geheel niet meer aansprakelijk is voor zijn niet nakoming. De benadeelde (hier: de koper) die nalaat schadebeperkende maatregelen te treffen, hoewel dit onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs geboden was, heeft eigen schuld aan de extra schade die daarvan het gevolg is.¹³⁹⁷ Dat de koper redelijkerwijs gehouden is om zijn verkoper tijdig in te lichten over een vermeend gebrek in het verkochte, zodat de kosten van herstel en de omvang van de schade beperkt worden, vloeit voort uit het gegeven dat contractspartijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Doet de koper dit niet en kan de verkoper aantonen dat hij daardoor met een hogere schadepost wordt geconfronteerd door de koper, dan verliest de koper het recht dit gedeelte van zijn schade vergoed te krijgen van zijn wanpresterende verkoper. De regeling van de klachtplicht is derhalve niet noodzakelijk om de verkoper te beschermen tegen deze (extra) kosten die hij moet maken vanwege een ontijdige klacht.

De verkoper kan, zoals gezegd, ook schade lijden omdat de kosten van het herstel of de vervanging *zelf* hoger zijn geworden doordat de koper niet

¹³⁹⁵ Zie art. 6:101 lid 1 BW. Zie voor een uitgebreide bespreking van dit leerstuk A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, (diss.) Deventer: Kluwer 2003. Zie in deze zin ook J.C. Reitz, 'Against notice: A Proposal to Restrict the Notice of Claims Rule in U.C.C. 2-607 (3)(a)', *73 Cornell Law Review* 543 1987-1988, p. 559.

¹³⁹⁶ Zie art. 6:98 BW.

¹³⁹⁷ A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, (diss.) Deventer: Kluwer 2003, p. 43.

tijdig heeft geklaagd.¹³⁹⁸ Buiten het geval van de handelskoop worden verkopers niet of nauwelijks geconfronteerd met schade die het gevolg is van grote partijen defecte producten die in de keten doorverkocht zijn of hersteld dan wel vervangen moeten worden. De situaties waarbij hier veeleer aan gedacht kan worden is dat bijvoorbeeld de onderdelen voor reparatie duurder zijn geworden of de vervangende producten in prijs zijn gestegen. Dat de koper door een ontijdige klacht zijn recht op (kosteloze) nakoming kan verliezen, hoeft niet te bevreemden, mits die sanctie proportioneel is. Het leerstuk van de rechtsverwerking of een soepeler toepassing van art. 7:21 lid 2 BW kan hier uitkomst bieden, maar een algeheel verlies van álle rechten op grond van een verzaking van de klachtplicht is in deze gevallen mijns inziens niet proportioneel en (dus) niet gerechtvaardigd. De omstandigheden die een niet tijdige nakomingsactie extra bezwaarlijk maken, komen zoals gezegd voornamelijk voor bij de handelskoop. De toepasselijkheid van de onderzoeks- en klachtplicht kan in die zin verlichting geven voor de professionele verkoper en mag in die zin ook van een professionele koper verwacht worden, te meer omdat laatstgenoemde dikwijls ook zelf als verkoper optreedt. Nu deze specifieke omstandigheden bij niet-handelskopen vrijwel steeds ontbreken, treft het argument dat de verkoper in staat moet worden gesteld alsnog correct te kunnen nakomen en de koper bij verzaking van zijn onderzoeks- en klachtplicht al zijn remedies verliest, geen doel.

8.3.2.2 Argument om bewijspositie verkoper ten opzichte van koper veilig te stellen

Het volgende argument is dat de verkoper beschermd moet worden in zijn belang om zijn bewijspositie ten opzichte van zijn koper veilig te stellen. De idee is kennelijk dat de verkoper die geconfronteerd wordt met een non-conformiteitsclaim van de koper in de gelegenheid moet worden gesteld om deze non-conformiteit te betwisten en dat dat bemoeilijkt wordt door verloop

¹³⁹⁸ In dat geval kan het leerstuk van de schadebeperking geen soelaas bieden, aangezien het hier niet gaat om een schadeclaim die *door de koper* wordt ingesteld. Of de verkoper in dit soort gevallen een schadeclaim tegen de koper kan indienen is nog maar de vraag en lijkt in ieder geval zeer onwaarschijnlijk. Immers, de ‘plicht’ om te onderzoeken en te klagen is slechts een *Obliegenheit*. Hier zou uiteraard nog anders over kunnen worden gedacht indien vast komt te staan dat de koper opzettelijk zijn verkoper niet heeft ingelicht – maar dat terzijde.

van tijd.¹³⁹⁹ Deze gedachtegang gaat ervan uit dat de verkoper door verloop van tijd niet meer kan bewijzen dat de beweerde tekortkoming door de koper is veroorzaakt of dat het hem wordt bemoeilijkt de oorzaak van de gebreken te achterhalen. Professionele (ver)kopers sluiten veelvuldig meer koopcontracten dan particulieren en worden daarmee veel vaker geconfronteerd met mogelijke juridische geschillen omtrent de conformiteit van de verkochte zaken. Om die reden is de bescherming van hun bewijsbelang door de onderzoeks- en klachtplichtregeling (enigszins) te verklaren.

Afgezien van het feit dat niet-professionele contractspartijen minder vaak conformiteitsgeschillen voeren, wordt met dit argument mijns inziens een belangrijk aspect met betrekking tot de bewijslevering in koopzaken over het hoofd gezien.¹⁴⁰⁰ Mocht de verkoper geconfronteerd worden met een klacht die rijkelijk laat na aflevering door de koper naar voren wordt gebracht, dan is dit tijdsverloop in de eerste plaats nadelig voor de koper. Het is immers de koper die moet aantonen dat de prestatie niet correct is nagekomen.¹⁴⁰¹ Het leveren van bewijs wordt in de regel door verloop van tijd moeilijker – dit risico ligt in eerste instantie dus niet bij de verkoper. Zo ook al Molengraaff, die in het kader van de beantwoording van de vraag of een koper zijn recht op schadevergoeding zou verbeuren indien hij niet terstond bij aflevering tegenspraak levert, antwoordde dat de koper alleen geconfronteerd zou moeten worden met een verjaringstermijn en niet met een verlies van recht:

“Men moet mij niet tegemoet voeren, dat de verkooper daardoor in een moeilijke positie zou komen. Ik geloof niet, dat dat het geval is. Immers, de verkooper, die zijn plicht gedaan heeft en deugdelijke waar heeft

¹³⁹⁹ Zie onder meer R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW nr. A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 67; W.H. van Boom, ‘Zorgplicht vs. Klachtplicht’, *AA* 2013/10, p. 758; 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; J.M. Bollen & T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niets-bolwerk ontmanteld’, *NJB* 2009/43, p. 2809. Zie ook D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 3; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 1; R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 2.

¹⁴⁰⁰ Zie tevens H. 6 par. 6.5.

¹⁴⁰¹ Zie tevens C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 42.

geleverd, behoeft een vordering tot schadevergoeding niet te vrezen. De koper moet toch altijd het bewijs van de wanpraestatie leveren en zal dus in dat geval nooit in zijn vordering kunnen slagen. Het voordeel is zelfs geheel aan de zijde van den verkoper, omdat hoe langer de koper wacht met de vordering in te stellen, hoe moeilijker het voor hem wordt het bewijs te leveren van ondeugdelijke levering."¹⁴⁰²

Reitz stelt bovendien dat ten eerste lang niet ieder tijdsverloop resulteert in een verlies van bewijsmogelijkheden aan de zijde van de verkoper. Maar ook in die gevallen waarin het tijdsverloop wel geleid heeft tot het verlies van (tegen)bewijsmogelijkheden staat lang niet altijd vast dat de verkoper ook *significant* bewijsnadeel heeft geleden, omdat óók in die gevallen dat de verkoper kan aantonen dat hij een bewijsmogelijkheid verloren is door de vertraagde klacht, in eerste instantie de koper belast wordt met aantonen van de non-conformiteit.¹⁴⁰³

Bovenstaande brengt mee dat het bewijsbelang van de verkoper in zijn verhouding met de koper niet kan worden gezien als zelfstandig doel van de onderzoeks- en klachtplicht.¹⁴⁰⁴ Mocht de verkoper door het tijdsverloop inderdaad significant bewijsnadeel lijden, dan kan dat nadeel mijns inziens opgeheven worden door de koper bijvoorbeeld te belasten met een verzwaarde stelplicht of anderszins in de bewijslastverdeling aanpassingen te doen.

8.3.2.3 Argument om bewijspositie verkoper ten opzichte van voorschakels veilig te stellen

Het derde argument dat gebruikt wordt ter rechtvaardiging van de onderzoeks- en klachtverplichtingen aan de zijde van de koper is dat de verkoper beschermd moet worden in zijn belang zijn voorschakels aan te kunnen spreken. Volgens Reitz is het geval waarin de verkoper daadwerkelijk een claim verliest tegen een voorschakel als gevolg van een verlate klacht

¹⁴⁰² W.L.P.A. Molengraaff in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 's Gravenhage: F.J. Belinfante 1926, p. 103-104.

¹⁴⁰³ J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods', *American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 446.

¹⁴⁰⁴ Zo ook A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 24.

zelfs de enige situatie waarin een beroep op de klachtplicht en het daaraan verbonden rechtsverlies gerechtvaardigd is. Het is echter wel zo dat de verkoper volgens Reitz moet kunnen aantonen dat hij de claim misloopt *uitsluitend* als gevolg van de late melding door de koper. Het treft bijvoorbeeld geen doel indien de verkoper wordt aangesproken voor zijn eigen wanprestatie.¹⁴⁰⁵

Dit argument is een sprekend voorbeeld van het feit dat de onderzoeks- en klachtplichten gestoeld zijn op handelsrechtelijke verhoudingen. Buiten de handelskoop tussen twee professionele contractspartijen is immers vaak geen sprake van een verkoopketen en voorschakels daarin. Dit brengt mijns inziens mee dat de onderzoeks- en klachtplichtregeling niet van toepassing zou moeten zijn bij de verkoop van niet-roerende zaken en specieszaken. Het gebrek aan verkoopketens en voorschakels speelt daarentegen niet (altijd) bij de consumentenkoop. Consumentkopers zijn echter in veel rechtssystemen, waaronder het bestudeerde Duitse recht en (uiteraard) het Weens Koopverdrag, toch uitgesloten van de klachtplichtregeling. Dit laat volgens Reitz zien dat de belasting die op de consumentkoper wordt gelegd indien hij zich geconfronteerd ziet met een klachtplicht, te hoog wordt geacht.¹⁴⁰⁶ In het Nederlandse recht is voor de verkoper bij een consumentenkoop een dwingendrechtelijke regel opgesteld in art. 7:25 BW waarmee zijn recht op het vorderen van schadevergoeding van zijn voorschakel als gevolg van een non-conformiteit in door hem uitgevoerde consumenten(ver)koop is gewaarborgd.¹⁴⁰⁷ De regel van de klachtplicht van art. 7:23 lid 1 BW is in die

¹⁴⁰⁵ J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods', *American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 449 en J.C. Reitz, 'Against notice: A Proposal to Restrict the Notice of Claims Rule in U.C.C. 2-607 (3)(a)', *73 Cornell Law Review* 543 1987-1988, p. 572. Zie ook P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller 1965, p. 282, die stelt dat tijdens de debatten omtrent de opname van de onderzoeks- en klachtplicht in Art. 347 ADHGB (zie hieromtrent nader H. 2 par. 2.2) als doorslaggevend argument naar voren is gebracht dat zonder de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper normale distributie van goederen door tussenhandelaren niet mogelijk zou kunnen zijn omdat zij anders claims ten opzichte van hun leveranciers zouden verliezen.

¹⁴⁰⁶ J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods', *American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 449.

¹⁴⁰⁷ Art. 7:25 BW geeft vervolgens de verkoper van de verkoper een eveneens dwingendrechtelijke regresmogelijkheid op zijn verkoper, etc., totdat uiteindelijk de schade is verhaald op degene die hiervoor verantwoordelijk is.

zin dan ook niet noodzakelijk of gerechtvaardigd, aangezien elke verdere argumentatie ontbreekt waarom de consumentkoper tóch belast dient te worden met een klachtplicht ondanks zijn beschermingswaardige positie.¹⁴⁰⁸

Het ontbreken van een verkoopketen bij andere dan handelskoopovereenkomsten brengt derhalve mee dat het argument dat de verkoper beschermd moet worden in zijn bewijsbelang ten opzichte van zijn voorschakels buiten de handelskoop geen doel treft.

8.3.2.4 De consumentenkoop

Sinds ongeveer 1970 is de particulier ('consument'¹⁴⁰⁹) een algemeen erkend subject van bescherming.¹⁴¹⁰ Er was (en is nog steeds – ST) een toenemende behoefte aan bijzondere regels die de rechtspositie van particulieren versterkten wanneer zij een rechtshandeling met een sterkere contractspartij verrichtten.¹⁴¹¹ Steeds meer ontstond in Nederland het inzicht dat een onderscheid tussen handelstransacties en consumententransacties op sommige terreinen geboden is.¹⁴¹² De opstellers van het Nieuw BW hebben op bepaalde terreinen wel degelijk rekening gehouden met de belangen van de consument.¹⁴¹³ Voor boek 7 BW werden bijvoorbeeld bijzondere regels inzake de consumentenkoop opgenomen.

Tegelijkertijd met het opstellen van het Nieuw BW is begonnen met het incorporeren van de regels van het Wetboek Van Koophandel in dit algemeen burgerlijk recht. Terwijl op sommige terreinen rekening is gehouden met de bijzondere positie van de consumentkoper, is dat bij de regeling van de

¹⁴⁰⁸ Zie hieronder in par. 8.3.2.4.

¹⁴⁰⁹ Volgens Tjittes wordt de partij die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf ten onrechte als 'consument' aangeduid, in plaats van 'particulier', zie R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss.) Deventer: Kluwer 1994, p. 1. Volgens hem (en Brunner en Castermans, zie noot 3 op p. 1 van zijn dissertatie) betekent de term consument verbruiker en is daarom alleen geëigend voor de koop van roerende zaken die door ge- of verbruik teniet kunnen gaan. In dit onderzoek wordt gesproken van consument indien de koper zich in een consumentenkoop bevindt, en van particuliere koper in alle andere gevallen.

¹⁴¹⁰ M. van Delft-Baas, 'Het Burgerlijk Wetboek, het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de consument', *Justitiële verkenningen* 1988/7, p. 105.

¹⁴¹¹ R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss.) Deventer: Kluwer 1994, p. 13.

¹⁴¹² M. van Delft-Baas, 'Het Burgerlijk Wetboek, het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de consument', *Justitiële verkenningen* 1988/7, p. 106.

¹⁴¹³ M. van Delft-Baas, 'Het Burgerlijk Wetboek, het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de consument', *Justitiële verkenningen* 1988/7, p. 111.

klachtplicht bij de opname in 1992 niet gebeurd: de regeling was onverkort van toepassing op alle soorten koopovereenkomsten, terwijl deze regeling duidelijk was ontwikkeld in het kader van de handelskoop. Naar mijn veronderstelling zou deze regeling bij instandhouding van het Wetboek van Koophandel wellicht niet in het algemeen BW zijn opgenomen, maar in dat Wetboek van Koophandel.¹⁴¹⁴

Van Delft-Baas waarschuwde reeds in 1988 voor een dreigende positieverslechtering van de consument:

“Ontkomen dient te worden aan de voor de consument nadelige gevolgen van de geleidelijke opheffing van het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht. Zo betekent het feit dat de stof van het Wetboek van Koophandel in het NBW is opgenomen wel dat het handelsrecht in het algemene burgerlijk recht is opgegaan, maar niet dat tussen handelstransacties en consumententransacties geen verschil gemaakt kan en moet worden.”¹⁴¹⁵

Het consumenten(koop)recht richt zich dus vooreerst en met name op de bescherming van de consument als zijnde een ‘zwakkere’ contractspartij. Hijma omschrijft de ratio van de regeling van de consumentenkoop als die waar een niet-deskundig te achten koper handelt met een deskundig te achten verkoper, er zich een feitelijke evenwichtsverstoring voordoet ten gunste van de verkoper, die juridisch door een bescherming van de koper dient te worden gecompenseerd. Het belangrijkste gevolg van het zijn van een consumentenkoop kan aldus volgens Hijma worden gekenschetst, dat de consumentkoper een principiële bescherming geniet dan bij de gewone koop

¹⁴¹⁴ Zie hieromtrent H.6 par. 6.5. Het punt is dat bij de hercodificatie voor 1992 had moeten worden nagegaan of de gecodificeerde versie van de klachtplicht had moeten worden beperkt tot de handelskoop (wat voor de hand had gelegen als het Wetboek van Koophandel afzonderlijk zou worden gehercodificeerd) of dat de toepassing van die nog strengere regel (in vergelijking met de tot dusverre geldende ongeschreven regel) ook voor de niet-handelskoop gerechtvaardigd was. Daar is in de parlementaire geschiedenis niet over gesproken. Het had voor de hand gelegen dat daar wél over was gesproken als naast de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek een afzonderlijke hercodificatie van het Wetboek van Koophandel zou hebben plaatsgevonden, maar omdat dat geïntegreerd werd met het Burgerlijk Wetboek is die afweging simpelweg niet gemaakt.

¹⁴¹⁵ M. van Delft-Baas, ‘Het Burgerlijk Wetboek, het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de consument’, *Justitiële verkenningen* 1988/7, p. 106. Zie ook R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, (diss.) Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 193.

het geval is.¹⁴¹⁶ Aangezien de regeling van de klachtplicht een (zeer) ernstige inbreuk maakt op de belangen van de consumentkoper en op zijn bescherming, zou men mogen verwachten dat er een verklaring is gegeven voor de toepasselijkheid van de klachtplicht op de consumentenkoop, die verder gaat dan de algemene rechtvaardiging die ziet op de bescherming van de verkoper tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten. Deze ‘extra’ verklaring is echter niet te vinden in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:23 lid 1 BW. Wel is de regeling in 2003 ter gelegenheid van de implementatie van de Richtlijn Consumentenkoop¹⁴¹⁷ aangepast in die zin dat de derde zin van het eerste lid van art. 7:23 BW is toegevoegd.¹⁴¹⁸ Alhoewel deze aanpassing de positie van de consumentkoper iets heeft verbeterd ten opzichte van de regeling zoals die in 1992 was opgenomen in het BW, is het nog steeds zo dat de consumentkoper geconfronteerd wordt met een algeheel verlies van rechten bij een ontijdige klacht. De vraag óf een klachtplicht bij de consumentenkoop überhaupt aangewezen is, is tijdens de parlementaire debatten ter gelegenheid van de implementatie van de Richtlijn echter geheel niet aan de orde gesteld.¹⁴¹⁹ De incorporatie van het handelsrecht in het algemeen burgerlijk recht heeft in het geval van de klachtplicht wel degelijk gezorgd voor een positieverslechtering van de consumentkoper.

Verscheidene auteurs hebben betoogd dat de klachtplicht niet van toepassing zou moeten zijn op de consumentenkoop. Overeem vraagt zich bijvoorbeeld af of de op de eis van rechtszekerheid geënte redenering niet vooral opgeld doet bij de handelskoop, waar het belang van een vlotte afwikkeling tussen de schakels prevaleert. Betreft het daarentegen een consumentenkoop dan is er zijns inziens geen plaats voor een onderzoeks- en klachtplicht, daar het product het eindstation heeft bereikt.¹⁴²⁰ Tjittes en Kampman betogen dat de

¹⁴¹⁶ J. Hijma, ‘Koop en Ruil’, *WPNR* 1990/5982, p. 734, onder verwijzing naar Toelichting voorontwerp consumentenkoop, opgenomen in MvT, TK 16979, nr. 3, p. 7-8.

¹⁴¹⁷ Wet van 6 maart 2003 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *Stb.* 2003, 110.

¹⁴¹⁸ Daardoor wordt de consumentkoper niet langer belast met een onderzoeksverplichting. Bovendien is er een termijn van twee maanden opgenomen waarbinnen de consumentkoper in ieder geval tijdig zijn beklag kan doen. Zie H. 7 par. 7.3.3.3 en 7.3.4.5 voor een behandeling van de klachtplicht bij consumentenkoop.

¹⁴¹⁹ H. Schelhaas en A. Schreuder, ‘Weeffouten bij consumentenkoop’, in: F. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 272.

¹⁴²⁰ R. Overeem, *Consumentenkoop*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 109.

bescherming van de consument, zeker jegens een professionele partij, met zich meebrengt dat de consument enkel in zijn rechten beperkt moet worden door de regeling van de verjaring en in extreme gevallen door zijn eigen gedrag dat rechtsverwerking constitueert. Zij concluderen dat de klachtplicht enkel zou moeten gelden tussen twee professionele partijen.¹⁴²¹ Schelhaas en Schreuder brengen op dat een consumentkoper zich zeker in vergelijking met een professionele koper minder bewust zal zijn van zijn rechtspositie. Zij vragen zich derhalve af of de wetgever niet beter een uitzondering had kunnen maken voor de consumentkoper en hem vrij had moeten stellen van de klachtplicht. Op zijn minst kan getwijfeld worden aan de gerechtvaardigheid van de bescherming die de verkoper ten koste van de consumentkoper aan de klachtplicht kan ontnemen.¹⁴²²

De uitzondering die voor consumentkopers wordt gemaakt in bijvoorbeeld het Duitse recht, dat nog een afzonderlijk systeem voor het handelsrecht kent, laat zien dat de belasting die op consumentkopers wordt gelegd in het Duitse recht te groot wordt geacht om een klachtplicht te rechtvaardigen.¹⁴²³ Op Europees niveau is in sommige gevallen een verandering te zien ten opzichte van het geldende recht: in de op 20 mei 2019 vastgestelde Richtlijn verkoop goederen¹⁴²⁴ is de mogelijkheid van een klachtplicht voor consumentkopers behouden,¹⁴²⁵ maar in de op dezelfde dag

¹⁴²¹ R.P.J.L. Tjittes en J. Kampman, 'De klachtplicht onttoond – enige beschouwingen naar aanleiding van HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (Van de Steeg/Rabobank)', *Contracteren* 2013/3, p. 97.

¹⁴²² H. Schelhaas en A. Schreuder, 'Weeffouten bij consumentenkoop', in: F. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 272.

¹⁴²³ Zie bijvoorbeeld J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods', *American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 450.

¹⁴²⁴ Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, *PbEU* 2019, L 136/28-50.

¹⁴²⁵ Zie overweging 46 en artikel 12 van de Richtlijn verkoop van goederen voor de mogelijkheid om een klachtplicht op te nemen voor consumentkopers. Art. 7:23 lid 1 derde zin BW kan dus op basis van de Richtlijn verkoop goederen behouden blijven, mits dat het wordt aangepast in die zin dat de termijn om te klagen hoogstens twee maanden is (wat dus ten aanzien van het huidige recht een verslechtering voor de consumentkoper meebrengt). Zie M.Y. Schaub, 'Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud', *NtEr* 2019/9-10, p. 246. Bovendien zal erin moeten worden voorzien dat art. 7:23 lid 1 en 6:89 BW niet gelden voor digitale inhoud en digitale diensten.

vastgestelde Richtlijn levering digitale inhoud¹⁴²⁶ is een overeenkomstige mogelijkheid voor overeenkomsten tot levering van digitale inhoud of digitale diensten aan consumenten bewust niet opgenomen.¹⁴²⁷ Consumentkopers van digitale inhoud en digitale diensten zijn slechts onderworpen aan een verjaringstermijn van 2 jaar, maar ontheven van een klachtverplichting. Zij bevinden zich daarmee in een gunstiger positie dan de overige consumentkopers. Schaub stelt dat het schrappen van art. 7:23 BW voor de consumentenkoop in het geheel vanuit het oogpunt van consistentie wenselijk zou kunnen zijn.¹⁴²⁸

8.4 Perspectiefwisseling: primaire plicht staat voorop

De vraag die in dit onderzoek centraal staat ziet op het toepassingsgebied van de huidige klachtplichtregeling in het Nederlands BW. Het onderzoek heeft uitgewezen dat de toepasselijkheid van de onderzoeks- en klachtplicht op een handelskoop, waarbij twee professionele partijen roerende (meestal soort-) zaken verkopen, vanuit hun ontstaansgeschiedenis verklaard kan worden. De argumentatie die gegeven is in de verschillende rechtstelsels, inclusief het Nederlandse, strookt met deze regeling en haar gevolgen.

Alhoewel de historische wortels in de handelskoop liggen, was het toepassingsgebied van het verlies van rechten aan kopers zijde ook vóór de

¹⁴²⁶ Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *PbEU* 2019, L 136 / 1-36. Zie voor de bespreking van deze twee richtlijnen ook M.B.M. Loos, 'Herziening regelingen kooprecht en digitale inhoud aanstaande', *TvC* 2019/3, p. 106-116.

¹⁴²⁷ De Richtlijn levering digitale inhoud bevat geen regel(s) over een klachtplicht. Uit overweging 11 van deze Richtlijn blijkt dat het de lidstaten niet vrijstaat om zelf een klachtplicht in te voeren of te handhaven: "(...) *De lidstaten mogen bijvoorbeeld niet voorzien in regels inzake de omkering van de bewijslast die verschillen van die in deze richtlijn, of in een verplichting voor de consument om de handelaar binnen een bepaalde termijn in kennis te stellen van een conformiteitsgebrek.*"

¹⁴²⁸ M.Y. Schaub, 'Nieuwe regels voor de consumentenkoop en overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud', *NtEr* 2019/9-10, p. 246. Ik merk nog het volgende op. Opvallend is dat er in het kader van de discussies rondom de harmonisatie van het (consumenten)privaatrecht in Europa het debat zich voornamelijk richt op de vraag hoe de huidige regelingen kunnen worden aangepast zodat de bestaande verschillen verdwijnen en er meer eenheid in recht komt. Zelden wordt de discussie gevoerd of de afschaffing van de regeling dan niet een veel beter alternatief zou zijn: dan is meteen het recht op dat punt in alle landen gelijk.

opname van art. 7:23 lid 1 BW ruimer dan dat van de handelskoop – al ware het wel dat de regeling (gestoeld op de ongeschreven rechtsverwerking) buiten die handelskoop minder vaak voorkwam. Met de invoering van de klachtplicht in de wet, is het toepassingsgebied nog verder uitgebreid, denk alleen al aan het feit dat hiermee ook de koop van bijvoorbeeld vermogensrechten onder de regeling valt.

Op het toepassingsgebied van de huidige regeling en op de sanctie bij verzaking van de onderzoeks- en klachtplicht is (en wordt) door vele auteurs kritiek geleverd.¹⁴²⁹ Ook de rechtspraak van de Hoge Raad laat zien dat er tegenwoordig (over het algemeen) een ietwat genuanceerdere benadering van het leerstuk wordt gehanteerd.¹⁴³⁰

Toch is de kritiek niet slechts van deze tijd: ruim vóór de opname van de wettelijke klachtplichtregeling is (stevige) kritiek geuit op het belasten van een koper met een onderzoeks- en klachtplicht en de daaraan verbonden gevolgen. Deze kritiek, die hieronder aan de orde komt, geldt mijns inziens heden ten dage des te meer: het toepassingsgebied is sinds die kritiek immers alleen maar groter geworden.

In 1926 is tijdens de vergaderingen van de Nederlandse Juristenvereniging onder andere het preadvies van Nauta besproken. Dat preadvies betrof de vraag of de bestaande rechtstoestand ten aanzien van de gevolgen van wanprestatie bij koop aan redelijke eisen voldeed.¹⁴³¹ Molengraaff heeft tijdens die vergadering betoogd dat een algeheel verlies van rechten aan de zijde van de koper op de grond dat hij een verplichting zou hebben om de verkochte waar te onderzoeken en daarvan melding te doen bij zijn verkoper, aan hem als hoogst onbevredigend toekomt. In het kader van de genuskoop, waarbinnen dit debat zich afspeelde, kon Molengraaff zich bij het verlies van het recht op nakoming of ontbinding nog wel een

¹⁴²⁹ Zie hieromtrent bijvoorbeeld H. 6 par. 6.5 en H. 7 par 7.4.

¹⁴³⁰ Zie hierover H. 6 par. 6.6.2. Een uitzondering op deze genuanceerde rechtspraak is het in 2017 gewezen arrest waarin de Hoge Raad aannam dat de klachtplicht ook van toepassing is in het geval van bedrog aan de zijde van de verkoper: HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902, NJ 2017/438 (MBS/Prowi).

¹⁴³¹ Zie: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 's Gravenhage: F.J. Belinfante 1926, deel II en G. Nauta, *Voldoet de bestaande rechtstoestand ten aanzien van de gevolgen van wanpraestatie bij koop aan redelijke eischen? Zoo neen, welke wijziging behoort naar aanleiding hiervan in de wet te worden gebracht? Praeadvies*, 's Gravenhage: F.J. Belinfante 1926.

voorstelling maken. Wanneer de geleverde goederen geheel of gedeeltelijk verbruikt of verwerkt zijn, of omdat de koper ze heeft doorverkocht, dan is teruggave niet meer mogelijk en daarmee kan nakoming of ontbinding niet meer worden gevraagd. Maar een vordering tot schadevergoeding kan doel treffen, aldus Molengraaff, wat er ook met de goederen is gebeurd.

*“Op grond van dit alles kan ik niet toegeven – dit toch schijnt de heerschende mening te zijn – dat de koper door ontvangst van zichtbaar ondeugdelijk goed zonder tegenspraak zijn recht op schadevergoeding zou verbeuren. En evenmin, dat de koper verplicht is, uiterlijke deugdelijke waar onverwijld op innerlijke deugdelijkheid te onderzoeken op straffe alweer van verlies van zijn recht op schadevergoeding.”*¹⁴³²

Molengraaff stelt vervolgens voor het recht op schadevergoeding slechts te verbinden aan een (nader te bepalen) verjaringstermijn, waarna hij stelt dat hij ervan overtuigd is, dat het handelsverkeer hiermee meer gediend zou zijn dan met een niet op enig wetsvoorschrift rustende plicht van de koper om de deugdelijkheid van de aan hem geleverde goederen te onderzoeken, op straffe van verlies van zijn recht op schadevergoeding.¹⁴³³ Ook Verstegen is, in zijn enkele jaren daarvoor gepubliceerd artikel, deze mening toegedaan. Aan een koper, die niet (op tijd) klaagt over de ontvangen zaken en daarmee met de ingrijpende remedie van de ontbinding de verkoper te veel zou benadelen, kan zeer wel nog de enkele schadevergoedingsactie worden toegewezen.¹⁴³⁴

Verstegen heeft nog op een aantal andere punten begrenzingen aan de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper genoemd. Zo stelt hij bijvoorbeeld dat door een geringe tekortkoming van de koper niet een veel ernstiger wanprestatie van de verkoper behoort te worden gedekt en dat de

¹⁴³² W.L.P.A. Molengraaff in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 's Gravenhage: F.J. Belinfante 1926, p. 103. Büchenbacher kan zich in deze stelling vinden, zie A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*, Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1928, p. 89.

¹⁴³³ W.L.P.A. Molengraaff in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 's Gravenhage: F.J. Belinfante 1926, p. 104.

¹⁴³⁴ A.J. Verstegen, 'Ondeugdelijke levering bij den soortkoop', *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 257.

klachtplicht met haar gevolgen niet geldt in geval van bedrog aan de zijde van de verkoper.

“De gevonden regels zijn immers niet meer dan richtsnoeren tot het vinden der billijkheid, die terstond mogen worden prijsgegeven, waar zij niet naar het gezochte doel zouden leiden. En zeker moet het richtsnoer worden losgelaten – zelfs al zou ’s koopers verzuim niet eens zoo ganschelijk onschuldig zijn – wanneer de verkoper kennelijk te kwader trouw, of zelfs met opzet, ondeugdelijk heeft gepresteerd.”¹⁴³⁵

In het begin van de jaren 80 van de vorige eeuw heeft Schut meer in het algemeen kritiek geuit op de toepasselijkheid van regels die ontwikkeld zijn in en bestemd zijn voor de handelskoop op de burgerlijke koop. De huidige kooptitel in het Burgerlijk Wetboek is gestoeld op regels die uit het internationale handelskooprecht voortkomen. Deze regels zijn volgens Schut niet geschikt om zonder aanpassing ook te gelden voor gewone koopovereenkomsten zoals de consument die sluit. Zij bieden dan te weinig bescherming aan de meestal ondeskundige koper.¹⁴³⁶

Zoals hierboven reeds gesteld, liet Molengraaff zich tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging in 1926 uit over de vraag of de koper op grond van de overeenkomst de verplichting heeft de verkochte waar te onderzoeken en zijn verkoper in te lichten:

“Dit hangt nauw samen met de meening, dat de koopovereenkomst den kooper v e r p l i c h t – die uitdrukking heb ik herhaaldelijk gelezen – het geleverde na ontvangst te onderzoeken op straffe van verlies van het recht wegens ondeugdelijke levering te reclameren, dus ook wegens ondeugdelijke levering schadevergoeding te vragen. Die meening acht ik in haar algemeenheid niet juist en ik zou daartegenover de stelling willen verdedigen, dat een plicht van den kooper, de geleverde waar na ontvangst te onderzoeken op straffe van verlies van zijn recht, wegens

¹⁴³⁵ A.J. Versteegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 245.

¹⁴³⁶ *Asser/Schut 5-I* 1981, p. 41. Zie ook R. Herrmann, ‘Koop en Ruil’, *NJB* 1973, p. 22, 23.

ondeugdelijke levering schadevergoeding te vorderen, niet bestaat. Ik betwist, dat de koopovereenkomst den koper dien plicht zou opleggen.

Wat de koopovereenkomst wel doet, is den v e rkoopverplichten, deugdelijke waar te leveren. Op den verkoper rust de plicht, te goeder trouw aan de overeenkomst uitvoering te geven, door datgene te leveren, tot levering waarvan hij zich tegenover den koper heeft verbonden. De koper mag zijnerzijds erop vertrouwen, dat de verkoper de overeenkomst te goeder trouw nakomt en dat dus de waar, die hij van den verkoper ontvangt, deugdelijk is.

De koper is zeker niet verplicht wanpraestatie van de zijde van den verkoper te onderstellen, en hij kan dus ook niet verplicht zijn een onderzoek in te stellen naar de deugdelijkheid van het geleverde. (...) Ik lees daarin (het Burgerlijk Wetboek – ST), dat alle overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten gebracht worden. Bovendien zegt art. 1510, dat een der hoofdverplichtingen van den verkoper is de verkochte zaak te leveren, eene hoofdverplichting die niet afhankelijk wordt gesteld van een onderzoek van het geleverde door den koper.”¹⁴³⁷

Bovenstaande biedt mijns inziens aanknopingspunten om een perspectiefverandering te bepleiten ten opzichte van de onderzoeks- en klachtverplichting van de koper naar huidig recht. Zoals reeds vaak gezegd, brengt het *pacta sunt servanda*-beginsel mee dat contractspartijen de overeenkomst dienen na te komen en dat zij mogen vertrouwen dat hun wederpartij dat ook doet. Dat zou dus in ieder geval het uitgangspunt moeten zijn wanneer er zich een geschil voordoet ter zake van (vooronderstelde) ondeugdelijke levering.¹⁴³⁸ Uitgangspunt bij de klachtplicht is echter het gedrag van de koper *nadat* er sprake is van een ondeugdelijke levering. Het gedrag van de koper wordt afgewogen tegen de belangen van de verkoper,

¹⁴³⁷ W.L.P.A. Molengraaff in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 's Gravenhage: F.J. Belinfante 1926, p. 103-104.

¹⁴³⁸ Zie ook Valk, die stelt: “*Waarom zou een schuldenaar erop moeten kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed de prestatie onderzoekt? Is er niet veeleer reden om tot uitgangspunt te nemen dat een schuldeiser ervan uit mag gaan dat de schuldenaar zijn verbintenis correct zal zijn nagekomen?*”, W.L. Valk, ‘Hoe nu verder met de klachtplicht?’, *NTBR* 2014/2, p. 3/6.

zonder expliciet in ogenschouw te nemen dat de verkoper zich in eerste instantie niet aan zijn afspraken heeft gehouden.¹⁴³⁹

In het schadevergoedingsrecht speelt zich momenteel een discussie af, geïnitieerd en aangevoerd door Keirse, die mijns inziens tevens zou moeten worden gevoerd in het kader van de klachtplicht. Keirse bepleit reeds een aantal jaren de stelling dat binnen het aansprakelijkheidsrecht de aandacht veel meer gericht zou moeten worden op de door haar geïntroduceerde ‘schadevoorkomingsplicht’, dan op de schadevergoedingsplicht.¹⁴⁴⁰ Bij de schadevoorkomingsplicht kan het gaan om het vermijden van een mogelijk risico, om het voorkomen van de realisatie van een bekend risico, alsook om het voorkomen van verdere schade nadat een risico zich heeft verwezenlijkt.¹⁴⁴¹ Let wel, de schadevoorkomingsplicht ligt aan de zijde van de schadeveroorzaker, en dient in die zin niet verward te worden met de schadebeperkingsplicht aan de zijde van de schadelijder.¹⁴⁴² De privaatrechtelijke praktijk richt zich volgens Keirse veelal op het schadevergoedingsrecht van de individuele schuldeiser als de schade reeds een feit is, en niet op daaraan voorafgaande algemene plichten en gedragsnormen. Het individuele schadevergoedingsrecht correspondeert met

¹⁴³⁹ Zie ook Hartlief die stelt: “(...) hoewel de debiteur is tekortgeschoten, is niet ageren door de crediteur voldoende om hem zijn rechten te ontnemen.” T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde koper’, *Ars Aequi* 2008/05, p. 363. Hijma stelt: “Nogal wat schrijvers menen – met recht – dat de klachtplichtbepaling het gevaar in zich bergt dat de verkoper te snel in veilige haven geraakt, ten koste van de koper, jegens wie hij toch is tekortgeschoten.”, *Asser-Hijma 7-1* 2010/800. Zie tevens S. Kröll in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Commentary*, München: C.H. Beck/Hart/Nomos 2018, Art. 39 onder 12, die stelt dat rechters de verleiding dienen te weerstaan om het verzaken van de klachtplicht als gemakkelijke uitweg te gebruiken in plaats van een ingewikkeld non-conformiteitsdebat aan te gaan. Uiteindelijk is het immers de verkoper die niet aan zijn contractuele verplichtingen heeft voldaan.

¹⁴⁴⁰ Zie A.L.M. Keirse, *Wat zou een schuldeiser zijn zonder schuldenaar? Een introductie van de schadevoorkomingsplicht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 2009; A.L.M. Keirse, ‘De schadevoorkomingsplicht’, in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 96 e.v.; A.L.M. Keirse, ‘Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht’, in: S.D. Linderbergh (red.), *Een nieuwe aanpak*, Den Haag: Sdu 2010, p. 3 e.v.; A.L.M. Keirse, ‘Schadevoorkomingsclaims’, *Letsel & Schade* 2017/2, p. 6-8.

¹⁴⁴¹ A.L.M. Keirse, ‘Schadevoorkomingsclaims’, *Letsel & Schade* 2017/2, p.7.

¹⁴⁴² Zie over de schadebeperkingsplicht het proefschrift van Keirse: A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003.

de plicht van de schuldenaar om de op toerekenbare wijze zonder recht toegebrachte schade te vergoeden. Dit is echter een secundaire plicht, die eerst na het schadegeval opkomt. Centraler moet volgens Keirse staan de primaire plicht om zich te gedragen conform de maatschappelijke verantwoordelijkheid, conform de plicht het onrechtmatig toebrengen van schade aan een ander te voorkomen.

“Met deze perspectiefwisseling wordt de aandacht in tijd naar voren gehaald en kan een betere balans worden gevonden tussen preventie, compensatie en de daaraan verbonden lasten.”¹⁴⁴³

Juist deze perspectiefwisseling staat mij in het kader van de klachtplichtbepaling en het toepassingsgebied ook voor ogen. Wordt de aandacht meer gericht op de primaire plichten van contractspartijen, dan blijkt dat het de koper ontzeggen van al zijn rechten niet zonder meer aangenomen kan worden. Er moeten, wil een beroep op de klachtplicht slagen (of sterker nog: wil zo'n beroep überhaupt openstaan voor de verkoper) sterke argumenten naar voren worden gebracht waarom de verkoper zijn primaire plicht niet meer na hoeft te komen. Voor partijen in een handelskoop is dit naar mijn mening voldoende onderbouwd door hun primaire plichten te plaatsen in het specifieke gebied van de handelskoop. Misschien zou zelfs gesteld kunnen worden dat het deelnemen aan het professionele handelsverkeer een bijzondere omstandigheid is die de toepasselijkheid van het wettelijke *rechtsverwerkings*artikel rechtvaardigt. Die bijzondere omstandigheden doen zich in de regel niet voor bij andere koopovereenkomsten. De algemene toepasselijkheid van de klachtplicht op al deze andere koopovereenkomsten dient dus op andere wijze te worden gerechtvaardigd – en dat is niet gebeurd.¹⁴⁴⁴ Dat brengt mee dat de inbreuk

¹⁴⁴³ A.L.M. Keirse, 'Schadevoorkomingsclaims', *Letsel & Schade* 2017/2, p.7. Zie voor een bespreking hiervan: T. Hartlief, 'Leefbaar Nederland', *NJB:Vooraf* 2017/1753, afl. 32. Zie ook A.L.M. Keirse, 'Een aansprakelijkheidsrecht dat ubuntu ademt; Hoe het Afrikaanse regenboogconcept ubuntu een gitzwart toekomstbeeld weer kleur kan geven', in: T. Hartlief & M.G. Faure (red.), *De Spier bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 69-80. In dit kader zou tevens gedacht kunnen worden aan (de opkomst en) de ontwikkeling van waarschuwings- en zorgverplichtingen, waar een vergelijkbare ontwikkeling in te lezen valt.

¹⁴⁴⁴ Hartlief vindt de rechtvaardiging voor de zware sanctie die deze bepalingen (art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW – ST) stellen, in wezen de rechtszekerheid van verkopers en debiteuren,

die het klachtplichtartikel maakt op het *pacta sunt servanda*-beginsel als primaire plicht van contractspartijen anders dan bij de handelskoop niet gerechtvaardigd is.

8.5 Staat de verkoper buiten de handelskoop met lege handen?

Zou de inperking van het toepassingsgebied van de klachtplichtregeling de verkoper die niet een handelskoop sluit met lege handen laten staan?

Verstegen stelt in zijn toonaangevende artikel reeds in 1923 daarover het volgende.

“Welke is de rechtsgrond van zoodanig verlies van het recht tot klagen over verkoopers wanprestatie? Dat evenals alle aanspraken ook het recht tot klagen over ondeugdelijke levering door afstand des koopers kan verloren gaan spreekt vanzelf; de koper neemt dan genoeg met de levering zóó als zij is verricht. Doch is het overigens – en zoo ja: waardoor? – te billijken, dat anders dan door afstand de aansprakelijkheid des verkoopers, die dan toch zijn verplichtingen niet behoorlijk heeft vervuld, wordt weggenomen? De ondeugdelijke levering verbrak toch het evenwicht tusschen de wederzijdsche prestaties; dit verloren evenwicht, dit tekort aan koopers zijde, dient te worden hersteld. Is het dan niet billijk, dat des verkoopers herstelplicht blijft voortduren, zoolang de koper hem daarvan niet ontslaat door met de minderwaardige levering genoeg te nemen?”¹⁴⁴⁵

Volgens Verstegen zou een bevestigend antwoord tot grove onbillijkheid leiden. Met andere woorden: Verstegen is van mening dat het tot onbillijke uitkomsten zou leiden indien de herstelplicht van de verkoper maar voort blijft duren wanneer de koper geen verplichting krijgt opgelegd om hem op de hoogte te stellen. Immers, ook andere belangen dan die van de koper verdienen erkenning; die van de verkoper behoeven niet alle bescherming te ontberen, zelfs indien de verkoper zijn verplichtingen niet onberispelijk heeft

tamelijk dun. T. Hartlief, ‘De klachtplicht van de teleurgestelde koper’, *Ars Aquii* 2008/05, p. 368.

¹⁴⁴⁵ A.J. Verstegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 127.

vervuld, volgens Verstegen.¹⁴⁴⁶ Na bestudering van de ontstaansgeschiedenis en de ratio van de klachtplicht van de koper in zowel het Nederlandse, als het Duitse recht en het Weens Koopverdrag, durf ik dit antwoord stelling te betwisten.

Voordat ik overga tot onderbouwing van mijn betwisting, is enige nuancering met betrekking tot de stelling van Verstegen op haar plaats. Verstegen plaatst het vraagstuk van het verlies van rechten aan kopers zijde (bijna) uitsluitend in het *handelskooprecht*. De ontwikkeling van de jurisprudentie waar Verstegen zijn pleidooi op baseert, vond immers grotendeels plaats op het gebied van de handelskoop. Na de invoering van de klachtplicht aan kopers zijde in het NBW heeft de stelling, dat de belangen van de verkoper tevens bescherming genieten en dat de koper daardoor de zijne kan verliezen, tevens alle andere koopovereenkomsten dan de handelskoop bereikt, met, zoals in dit boek uiteengezet, alle gevolgen van dien. Toch betwist ik de stelling van Verstegen, zelfs met betrekking tot het handelskooprecht. Het onderzoek in dit boek heeft weliswaar laten zien dat de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper bij een handelskoop niet ongerechtvaardigd is, in die zin, dat daar gedegen argumenten voor zijn opgeworpen, maar het wegvallen van deze verplichtingen behoeft ook bij een handelskoop niet altijd tot *grove* onbillijkheden te leiden.

Want hoe erg is het eigenlijk, als het klachtplichtartikel niet tot de beschikking van iedere verkoper zou staan?¹⁴⁴⁷ Staat deze dan juridisch in de kou bij een laks reagerende koper? Het tegendeel is waar. Het Burgerlijk Wetboek bevat een aantal regelingen waar een (in dit geval) verkoper gebruik van kan maken wanneer zijn contractspartij niet tijdig handelt in het geval van een gebrekkige prestatie.

Ten eerste is er het leerstuk van de rechtsverwerking. Dit (veelal) ongeschreven leerstuk is ondanks de opname van sommige

¹⁴⁴⁶ A.J. Verstegen, 'Ondeugdelijke levering bij den soortkoop', *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 128.

¹⁴⁴⁷ Ten behoeve van deze redenering ga ik ervan uit dat, indien het werkelijk zo zou zijn dat de regeling van onderzoeks- en klachtplicht van art. 7:23 lid 1 BW niet tot de beschikking van (iedere) (de) verkoper zou moeten staan, art. 6:89 BW dan tevens niet van toepassing is. Alhoewel de regeling van art. 6:89 BW in dit onderzoek buiten beschouwing is gelaten, zou mijns inziens voor art. 6:89 BW hetzelfde moeten gelden als voor art. 7:23 lid 1 BW: zonder gedegen rechtvaardiging van deze inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel kan de regel geen toepassing vinden.

rechtsverwerkingsgevallen in de wet onverkort van kracht.¹⁴⁴⁸ Tijdens de parlementaire discussies voorafgaande aan de opname van art. 7:23 lid 1 BW werd door de Vaste Kamercommissie reeds de vraag gesteld of het nodig en verstandig was om een zo op één element (te weten de termijn) toegespitste maatstaf te ontwerpen, in plaats van de beslissing te laten afhangen van met name de aard van het verkochte, de deskundigheid, onderlinge verhouding en juridische kennis van betrokkenen en voor het overige te toetsen aan de algemene leerstukken van rechtsverwerking en goede trouw, die volgens de commissie reeds voldoende soelaas bieden.¹⁴⁴⁹ Dit kan mijns inziens heden ten dage meebrengen dat de klachtplichtbepaling voor de handelskoop van toepassing blijft, aangezien daar de aard van het verkochte (roerende zaken in ketenverkoop), de deskundigheid (van zowel de verkoper als de koper), de onderlinge verhouding (begeven in een handelsrelatie in een keten) en juridische kennis (professionele partijen zijn zich meer bewust van en hebben meer ervaring met eventuele juridische geschillen) meebrengen dat een koper geconfronteerd kan worden met rechtsverlies bij ontijdig klagen. Voor het overige, buiten de handelskoop dus, kan worden volstaan met het toetsen aan de algemene leerstukken van rechtsverwerking en de redelijkheid en billijkheid.

Ten tweede kan het leerstuk van de bevrijdende verjaring soelaas bieden. Deze regeling ziet bij uitstek op het geval dat een koper (te) lang niets onderneemt, waardoor enkel tijdsverloop kan zorgen tot het vrijwaren van de verkoper om nog in te moeten staan voor zijn prestatie.¹⁴⁵⁰

Mocht de verkoper op de hoogte zijn van het feit dat de prestatie niet naar wens is verlopen en wil weten waar hij staat met betrekking tot de remedie waarmee hij geconfronteerd kan worden, dan kan art. 6:88 BW uitkomst bieden.

¹⁴⁴⁸ Tjittes en Kampman pleiten bijvoorbeeld voor afschaffing klachtplicht in geval van consumentenkoop en stellen dat bij deze vorm van koop kan worden volstaan met toepassing van de leerstukken rechtsverwerking en verjaring. R.P.J.L. Tjittes en J. Kampman, 'De klachtplicht ontroond – enige beschouwingen naar aanleiding van HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 (Van de Steeg/Rabobank)', *Contracteren* 2013/3, p. 87. Zie voor de bespreking van het leerstuk van de rechtsverwerking nader H. 6 par. 6.4.1.

¹⁴⁴⁹ VV I, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 156.

¹⁴⁵⁰ Zie uitvoerig over de verjaring en tevens in verhouding tot de klachtplicht J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss.), Deventer: Kluwer 2008 (met name H. 27 en 28) en J.L. Smeehuijzen, *Over de gespannen verhouding tussen klachtplicht en verjaring*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Ook is opgenomen de regeling van art. 7:25 BW, die er op ziet de positie van de beknelde detaillist te verbeteren in het geval hij door een consumentkoper tot schadevergoeding wordt aangesproken. Deze bepaling zorgt ervoor dat de positie van een verkoper als tussenschakel buiten de handelskoop wordt geborgd.

Het verlies van het klachtplichtverweer aan de zijde van de verkoper kan tevens in sommige gevallen door de schadebeperkingsverplichting of door het ontbreken van het causaal verband worden verzacht.¹⁴⁵¹ Gesteld kan worden dat de klachtplicht de mogelijkheid van de verkoper om alsnog tijdig correct te kunnen nakomen beschermt, en dat de verkoper daarmee extra kosten kan vermijden. Voor zover de klachtplicht bescherming biedt voor schade die de verkoper lijdt vanwege het (ver)late klagen door de koper, omdat de koper een hoger schadebedrag in rekening kan brengen (de (gevolg)schade aan de zijde van de koper is hoger door tijdsverloop), volstaat de regeling van de schadebeperkingsverplichting¹⁴⁵² of die van de toerekening naar redelijkheid.

8.6 Algemene conclusies en aanbevelingen

In dit onderzoek is de Nederlandse regeling van klachtplicht van de koper in rechtsvergelijkend en historisch perspectief geplaatst. Deze klachtplicht vormt een uitzondering op een van de grondbeginselen van het Nederlandse contractenrecht: de verbindende kracht van de overeenkomst, oftewel *pacta sunt servanda*. De ratio van het leerstuk van de klachtplicht is volgens de wetgever gelegen in de bescherming van de verkoper tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten. Deze aan de verkoper geboden bescherming is echter zeer twijfelachtig. Het belangrijkste bezwaar is mijns inziens dat de klachtplicht aan de zijde van de koper van toepassing is op *alle* koopovereenkomsten, ongeacht de hoedanigheid van partijen en het soort zaken (of rechten) dat verkocht wordt. In de delen I en II van dit boek werden

¹⁴⁵¹ Zie art. 6:101 BW resp. 6:98 BW.

¹⁴⁵² J.C. Reitz, 'Against notice: A Proposal to Restrict the Notice of Claims Rule in U.C.C. 2-607 (3)(a)', *73 Cornell Law Review* 543 1987-1988, p. 559; J.C. Reitz, 'A History of Cutoff Rules as a Form of *Caveat Emptor*: Part I – The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods', *American Journal of Comparative Law* 1988, Vol.36/3, p. 448.

het Duitse recht en het Weens Koopverdrag, als bronnen van inspiratie van de Nederlandse klachtplichtregeling, onderzocht. Daaruit blijkt dat de onderzoeks- en klachtplichtregelingen 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 van de klachtplicht in het Nieuw BW is het toepassingsbereik echter aanzienlijk verruimd, zonder dat hiervoor enige rechtvaardiging of verklaring is gegeven. 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.

Hieronder worden de conclusies uit dit onderzoek nog eens kort en bondig gepresenteerd, die erop neerkomen dat de klachtplicht in het Nederlandse recht een te ruim toepassingsgebied heeft en bovendien te verstrekkende gevolgen. Afgesloten wordt met een aanbeveling gericht aan zowel de wetgever als de rechter.

8.6.1 Beperking van het toepassingsgebied tot de handelskoop

In par. 8.4 is een perspectiefwisseling bepleit ten aanzien van de klachtplicht. In het geval van een tussen een koper en een verkoper gesloten overeenkomst geldt dat van *beide* partijen verlangd wordt dat zij hun verplichtingen nakomen. Bovendien hebben beide contractpartijen op grond van de gesloten overeenkomst de verplichting rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Art. 7:23 lid 1 BW vormt een inbreuk op de verbindende kracht van de overeenkomst. Bij de toepassing van deze bepaling dient naar mijn mening voor ogen te worden gehouden dat het in eerste instantie de *verkoper* is die zich niet aan zijn afspraken heeft gehouden. Versteegen stelt in zijn conclusies bij zijn artikel uit 1923 daaromtrent het volgende:

*“Daarbij is het de vraag of en waar zoodanig verzuim des koopers zwaarder dient te wegen dan verkoopers wanprestatie. Dit zij het uitgangspunt: de wanprestatie des verkoopers kan om redenen, hierboven aan zijn kant en het algemeen belang worden ontleend, worden opgewogen tegen een verzuim des koopers, die door zijn te late klacht onnoodige schade en storing veroorzaakt.”*¹⁴⁵³

De redenen aan verkopers kant en het algemeen belang, die zodanig kunnen zijn dat de koper zich niet langer op de verbindende kracht van de overeenkomst mag beroepen, zijn door Verstegen in zijn opstel uitvoerig aan de orde gekomen en zien alle op *handelsrechtelijke* belangen. Andere belangen die een dergelijk gevolg kunnen rechtvaardigen, heb ik in mijn onderzoek niet kunnen vaststellen.

Het onderzoek¹⁴⁵⁴ naar de historische wortel van de huidige Nederlandse klachtplichtbepaling laat zien dat deze ligt bij de *handelskoop* – de professionele (door)verkoop van roerende soortzaken. Bestudering van de ontwikkelingen in het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking, die hebben geleid tot de opname van de huidige wettelijke rechtsverwerkingsbepalingen, laat zien dat de rechtspraak zich voornamelijk concentreerde op geschillen met betrekking tot de handelskoop. De gehele discussie in de doctrine omtrent de onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van koper, zoals die was ontwikkeld door de rechtspraak, betrof bovendien de verkoop van *genuszaken*.¹⁴⁵⁵ Daaruit blijkt duidelijk dat de klachtplicht van de koper geënt is op de verkoop van soortzaken. De argumenten die voor deze verplichting naar voren werden gebracht, zien bijkans alle op de handelskoop:

- het gaat in de regel om de verkoop van grote hoeveelheden goederen,

¹⁴⁵³ A.J. Verstegen, ‘Ondeugdelijke levering bij den soortkoop’, *Rechtsgeleerd Magazijn* (42) 1923, p. 256.

¹⁴⁵⁴ Met name hiervóór in H. 6.

¹⁴⁵⁵ De regeling onder het oude recht die zag op het klachtrecht van de koper in het geval van de koop van *specieszaken*, is in het huidige BW niet teruggekeerd aangezien deze regel was verworpen van een voor de koper gunstige bepaling tot een die de belangen van de verkoper te veel bevoordeelde boven die van de koper.

- de klachtplicht maakt verhaal op leveranciers mogelijk en
- de verkoper kan maatregelen treffen ter voorkoming van herhaling van gebreken bij (op)volgende leveringen en zaken uit de handel nemen.

Ook uit het onderzoek naar de bronnen van inspiratie van de huidige wettelijke klachtplichtregeling van art. 7:23 lid 1 BW, het Duitse recht en het Weens Koopverdrag, blijkt dat de onderzoeks- en klachtplichtregelingen hun oorsprong vinden in het handelskooprecht, waar de betrokken partijen deskundig zijn, zich (veelal) bevinden in een verkoopketen en roerende zaken verhandelen.¹⁴⁵⁶ Met betrekking tot de *professionaliteit van de verkoper* wordt gesteld dat deze verkoper specifieke, aan het handelsverkeer inherente, belangen heeft die bescherming dienen te genieten.¹⁴⁵⁷ De *professionele koper* kan – en mag ook – worden belast met een onderzoeks- en klachtplicht omdat deze kopers (worden geacht te) beschikken over de benodigde kennis van zaken en ervaring hebben met het handelsverkeer, alsmede dat zij oog dienen te hebben voor de *need for speed* van het handelsverkeer.¹⁴⁵⁸ Ten slotte is de klachtplicht in het Duitse recht en het Weens Koopverdrag alleen van toepassing bij de verkoop van *roerende zaken*. Het onderzoek heeft uitgewezen dat hierbij voornamelijk wordt gedacht aan de verkoop van (grote hoeveelheden) *soortzaken* in een *keten*.¹⁴⁵⁹

Bij de invoering van de huidige wettelijke klachtplichtregeling is het toepassingsbereik ten opzichte van het oude recht en ten opzichte van het Duits recht en het Weens Koopverdrag aanzienlijk verruimd. Bekeken is of de uitbreiding naar niet-handelskopen in het Nederlandse recht wellicht op basis van de voor de handelskoop gegeven argumenten (het in staat stellen van de verkoper om 1) alsnog tijdig na te kunnen komen, 2) zijn bewijspositie ten opzichte van zijn koper(s) veilig te stellen en 3) zijn leveranciers aan te kunnen spreken) te rechtvaardigen valt – *quod non*. Buiten de handelskoop blijkt de bescherming van de belangen van de verkoper óf niet zozeer te spelen (denk aan het kunnen aanspreken van leveranciers / het hebben aan een veelvoud van kopers / groot belang bij tijdige correcte nakoming) óf niet

¹⁴⁵⁶ Zie hiervóór de hoofdstukken 2 en 4.

¹⁴⁵⁷ Zie met name H. 8, par. 8.2 en de verwijzingen aldaar.

¹⁴⁵⁸ Idem.

¹⁴⁵⁹ Idem.

te kunnen rechtvaardigen dat de koper een klachtplicht krijgt opgelegd en vervolgens bij verzaking daarvan *alle* rechten verliest, zonder verdere argumentatie. Uit dit onderzoek is gebleken dat deze door de handel ingegeven argumenten geenszins overtuigen buiten deze professionele setting. Bovendien kan hier nog het volgende aan worden toegevoegd. Uit het onderzoek naar de rechtspraak op het gebied van de toepassing van de klachtplicht na invoering hiervan in het BW tot op heden blijkt dat de Nederlandse rechter over het algemeen de neiging heeft om het beroep op de klachtplicht in te dammen, met name door meer belang te hechten aan het al dan niet door de verkoper geleden nadeel. Deze tendens is evenwel niet (duidelijk) zichtbaar bij de rechtspraak met betrekking tot het Duitse recht dan wel het Weens Koopverdrag op dit punt. Deze discrepantie duidt mijns inziens op een aanwijzing dat het toepassingsbereik van deze plicht tot het handelsrecht beperkt dient te blijven. Een tweede aanwijzing in die richting kan naar mijn mening gevonden worden in het feit dat de *onderzoeks*verplichting aan de zijde van de koper in zowel het Duitse recht als het Weens Koopverdrag expliciet is gecodificeerd.¹⁴⁶⁰ De aan de klachtplicht gekoppelde onderzoeksverplichting veronderstelt des kopers deskundigheid. Art. 7:23 lid 1 BW daarentegen, noemt deze verplichting alleen impliciet.¹⁴⁶¹ Bovendien speelt deze slechts in een beperkt deel van de non-conformiteitsgevallen.¹⁴⁶² Hierin kan mijns inziens tevens een aanwijzing worden gevonden dat het leerstuk van de klachtplicht aan de zijde van de koper buiten het gebied van de handelskoop geen toepassing dient te vinden.

Op basis van mijn onderzoek kan derhalve vastgesteld worden dat de regeling zoals die nu is opgenomen in art. 7:23 lid 1 BW, slechts *gedeeltelijk* gerechtvaardigd is: slechts in de gevallen van een handelskoop kan de inbreuk op het *pacta sunt servanda*-beginsel worden gerechtvaardigd. Het toepassingsbereik van de klachtplicht bij koop dient derhalve beperkt te blijven tot de handelskoop. Dit laat de verkoper buiten de handelskoop overigens niet met lege handen staan: het recht biedt hem nog altijd verscheidene mogelijkheden te ageren tegen traag of niet reagerende kopers.

¹⁴⁶⁰ Zie resp. § 377 Abs. 1 HGB en Art. 38 CISG.

¹⁴⁶¹ Zie de bewoordingen van art. 7:23 lid 1 BW: “...of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, ...”.

¹⁴⁶² Zie uitgebreid H. 7, par. 7.3.3 voor de gevallen waarin deze verplichting niet bestaat.

8.6.2 Te verstreckende gevolgen - zelfs binnen de handelskoop

Dit onderzoek laat ook zien dat het huidige toepassingsbereik en de huidige uitwerking van de onderzoeks- en klachtplichtregeling op een aantal punten te vergaand is, ook indien er sprake is van een handelskoop. Zo kan de in alle gevallen toepasselijke alles-of-niets benadering met betrekking tot het verlies van de rechten van de koper geen rechtvaardiging vinden, evenmin als de toepasselijkheid van het leerstuk in het geval van een bedriegende verkoper. Ook de koppeling van de klachtplicht aan een ten opzichte van het algemene verbintenissenrecht zeer korte verjaringstermijn leidt ertoe dat de al dan niet professionele koper extra hard getroffen wordt.

8.6.2.1 De alles-of-niets benadering ten aanzien van de rechten van de koper

Een van de meest heikele punten van de onderzoeks- en klachtplicht betreft het gevolg van een geslaagd beroep hierop door de verkoper. De sanctie op het verzaken van de klachtplicht is immers de *niet-ontvankelijkheid van elke rechtsvordering en elk verweer* ter zake van het niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst. Naast de vorderingen die logischerwijs op grond van enige non-conformiteit kunnen worden gebaseerd, vervallen onder het regime van art. 7:23 BW ook de vorderingen gegrond op dwaling, bedrog en onrechtmatige daad.

Zoals uit het onderzoek is gebleken, wordt het verval van kopers rechten onderbouwd door de stelling dat de verkoper belangen heeft die bescherming dienen te genieten. De idee is dat de verkoper beschermd dient te worden tegen (te) late klachten over de door hem verrichte prestatie, omdat claims omtrent vermeende gebreken na verloop van tijd moeilijker betwistbaar zijn. Met andere woorden: de verkoper dient in geval van ontijdige notificatie te worden behoed voor enige nadeel als gevolg van dralen aan kopers zijde. Nog afgezien van de vraag of deze beoogde bescherming aan alle verkopers in elk voorkomend koopcontract geboden zou moeten worden, kan evenwel zeer wel de vraag worden gesteld of de bescherming van verkopers belangen slechts bereikt kan worden door middel van een algeheel verlies van rechten aan kopers zijde. Ook in het geval de toepasselijkheid van de onderzoeks- en klachtplicht zou worden beperkt tot de handelskoop, blijft deze vraag

relevant. Immers, het eventuele nadeel dat een verkoper ondervindt als gevolg van een ontijdige klacht, zou ook ondervangen kunnen worden op een andere manier dan het volledig verval van alle rechten en verweren aan kopers zijde. Niet in alle gevallen dat de koper zijn klachtplicht heeft verzaakt, is het op basis van de bescherming van de in dat specifieke geval getroffen belangen van de verkoper noodzakelijk – of gerechtvaardigd – de koper te confronteren met een algeheel verlies van alle rechten en verweren.

Op basis van het Nederlandse recht zou een en ander bereikt kunnen worden door het leerstuk van de klachtplicht meer in lijn te brengen met dat waar het op gebaseerd is: het ongeschreven leerstuk van de rechtsverwerking. Indien men deze oorsprong in ogenschouw neemt, is het hanteren van een meer genuanceerde toepassing van de klachtplichtbepalingen zeer wel mogelijk, wellicht zelfs zonder enige wetswijziging: de wetgever heeft immers zelf al aangegeven dat art. 7:23 BW ‘met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid moet worden gehanteerd’. De lijn die in het grootste deel van de rechtspraak van de Hoge Raad valt te ontdekken¹⁴⁶³ wijst al in deze richting, in die zin dat er meer nuance wordt aangebracht bij het bepalen of het verzuim van de koper direct het verval van rechten meebrengt, maar de rechter hanteert op dit moment wel de alles-of-niets sanctie bij een geslaagd beroep op de klachtplichtbepaling.

Daarnaast zou de klachtplichtregeling meer in lijn met haar handelsrechtelijke oorsprong moeten worden toegepast. Zie hieromtrent het Weens Koopverdrag, dat zelfs in een strikt handelsrechtelijke verhouding niet in alle gevallen de koper confronteert met een algeheel verlies van rechten. Art. 44 CISG voorziet in de mogelijkheid een genuanceerder uitkomst aan de verzaking van de klachtplicht te verbinden. Bij toepassing van dit artikel behoudt de koper enkele rechten – en wel die, die in de meeste gevallen de minst bezwaarlijke zijn voor de verkoper.

Kortom: in de afgebakende handelsrechtelijke setting van het Weens Koopverdrag is de mogelijkheid opgenomen om de sanctie van de klachtplicht te nuanceren. Het Nederlandse recht daarentegen, hanteert een

¹⁴⁶³ Een uitzondering geldt voor van het arrest van 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902, NJ 2017/438(MBS/Prowi), zie onder andere hierna in par. 8.6.2.2.

strikter regime voor wat betreft de straf voor de ontijdig klagende koper in een bovendien veel ruimer toepassingsgebied: ook buiten de handelskoop is de klachtplicht ongenadig. Naar mijn mening dient de alles-of-niets-sanctie op het verzaken van de klachtplicht dan ook vervangen te worden door een meer genuanceerde uitkomst. Dit sluit overigens aan bij de algemene tendens in het privaatrecht die ziet op een meer proportionele benadering. In dit kader valt te denken aan art. 3:41 BW, maar ook aan de wijzigingsmogelijkheden bij dwaling en misbruik van omstandigheden, en de overkoepelende toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

8.6.2.2 Toepasselijkheid klachtplicht bij bedrog

Sinds het in 2017 gewezen arrest MBS/Prowi¹⁴⁶⁴ is duidelijk geworden dat de onderzoeks- en klachtplichtregeling van art. 7:23 BW tevens ingeroepen kan worden door een verkoper die zijn koper heeft bedrogen. Het doorslaggevende argument voor dit oordeel van de Hoge Raad is gelegen in het feit dat volgens de Hoge Raad uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:23 BW kan worden opgemaakt dat de wetgever bedrog niet heeft willen uitsluiten van de werking van de klachtplichtregeling. Afgezien van het feit dat dit allerm minst duidelijk uit de parlementaire geschiedenis blijkt (op geen enkele plaats is expliciet antwoord gegeven op de vraag of bedrog onder het regime van de klachtplicht diende te vallen), staat vast dat het beroep op bedrog onder het oude recht noch bij de regeling van de verborgen gebreken bij de *specieskoop*, noch bij de regeling omtrent de *genuskoop* verviel bij ontijdige notificatie door de koper. Reeds in 1923 stelde Verstegen treffend dat (zelfs – ST) in het handelskooprecht bij bewuste wanprestatie geen plaats is voor de bescherming van de belangen van de verkoper. In het huidige debat over de toepasselijkheid van de klachtplichtregeling in het geval van bedrog aan de zijde van de verkoper worden met name morele en rechtssystematische argumenten opgeworpen. Gesteld wordt dat elke rechtvaardiging voor de bescherming van de belangen van de verkoper vervalft, indien vaststaat dat hij zijn koper opzettelijk op een verkeerd spoor heeft gezet. Ook het handelsverkeer is niet gebaat bij frauduleus gedrag dat beschermd wordt door korte klacht- en verjaringstermijnen. Met betrekking tot de rechtssystematiek wordt aangevoerd dat de feiten die beslissend zijn voor een beroep op bedrog

¹⁴⁶⁴ HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2902, NJ 2017/438 (MBS/Prowi).

– met name op het punt van het opzetvereiste – fundamenteel verschillen van die waarop wanprestatie kan worden aangenomen.¹⁴⁶⁵

Naast het feit dat deze ontwikkeling op basis van (het systeem van) het Nederlandse recht op het gebied van de onderzoeks- en klachtplichten en de (parlementaire) geschiedenis van de klachtplichtregeling zeer twijfelachtig is, valt het met name in het licht van de (internationale) handelsrechtelijke oorsprong van de regel niet te begrijpen dat een bedriegende verkoper bescherming kan ontleen aan art. 7:23 BW. Zowel het Duitse recht als het Weens Koopverdrag kennen binnen de handelskoop een beperkter toepassingsbereik van de onderzoeks- en klachtplichtregeling dan de huidige Nederlandse regel, in die zin dat aan een koper die zich geconfronteerd ziet met een opzettelijke verzwijging door de verkoper, in ieder geval geen verzaking van enige klachtplicht kan worden tegengeworpen. De argumenten die hieraan ten grondslag liggen, zijn vooral moreel van aard: een arglistige verkoper verdient weinig bescherming. Ook wordt naar voren gebracht dat een verkoper die reeds op de hoogte is van een gebrek geen (beschermingswaardig) belang (meer) heeft bij een tijdige notificatie van de koper en geenszins geschaad wordt in zijn belangen door een (te) late klacht van zijn koper. Zelfs een zeer nalatige koper verdient in deze opvatting meer bescherming dan een frauderende verkoper. Hieruit blijkt dat zelfs in rechtssystemen waar contractspartijen uitsluitend bij een handelskoop geconfronteerd kunnen worden met *hard and fast rules*, zoals de onderzoeks- en klachtverplichtingen aan de zijde van de koper, een opzettelijk wanpresterende verkoper niet beschermd wordt. Het feit dat in het Nederlandse recht een bedriegende verkoper ten opzichte van iedere koper gebruik kan maken van het klachtplichtverweer, ongeacht welke zaken of rechten er verkocht worden en ongeacht welk soort gebrek zich voor heeft gedaan, is buiten elke proportie. Dat geldt te meer nu getwijfeld kan worden aan de bedoeling die de wetgever op dit punt met de klachtplicht had. Mijns inziens kan dan ook stellig worden geconcludeerd dat een vordering gebaseerd op bedrog buiten het bereik van de klachtplichtbepaling dient te vallen.¹⁴⁶⁶

¹⁴⁶⁵ Zie voor een uitgebreide bespreking van de klachtplicht in het kader van de vordering op grond van bedrog H7, par. 7.4.2 en 7.4.2.1.

¹⁴⁶⁶ Immers: *fraus corrumpit omnia!*

8.6.2.3 Korte verjaringstermijn

Het tweede lid van art. 7:23 BW hanteert voor de koper die tijdig zijn beklag heeft gedaan – en daarmee zijn rechten op grond van de koopovereenkomst in eerste instantie veilig heeft gesteld – een verjaringstermijn van twee jaar na de gedane klacht. Deze verjaringstermijn is bij de koop opgenomen om te voorkomen dat als de koper de verkoper tijdig heeft gemeld dat het afgeleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt en het er daarna bij zou laten zitten, de verkoper in onzekerheid blijft.¹⁴⁶⁷ Deze termijn is echter aanzienlijk korter dan de verjaringstermijnen die elders in het verbintenissenrecht worden gevonden. Te denken valt aan de algemene verjaringstermijnen opgenomen vanaf art.3:306 BW (meestal 5 jaar) en de termijn voor de wilsgebreken van drie jaar (art. 3:51 BW). Bovendien hanteert art. 6:89 BW geen aparte (verkorte) verjaringstermijn en bevat ook de regeling omtrent de productaansprakelijkheid op dit punt een andere regel (zie art. 6:191 BW).

Deze afwijking ten opzichte van het algemene vermogensrecht valt moeilijk te rechtvaardigen: immers, de ratio van enige verjaringstermijn betreft altijd de rechtszekerheid van de schuldenaar. Waarom wordt specifiek aan de verkoper (en niet aan bijvoorbeeld de aannemer of de opdrachtnemer) een kortere termijn gegund? Indien hierbij bedacht wordt dat de onderzoeks- en klachtplichten uit het handelskooprecht komen, en het mijns inziens zeer aannemelijk is dat de wetgever bij het opstellen van art. 7:23 BW ook met name (zo niet uitsluitend) aan de handelskoop heeft gedacht, valt de korte termijn wellicht nog enigszins te verklaren. Professionele partijen in een verkoopketen zouden inderdaad meer behoefte kunnen hebben aan (ver)korte verjaringstermijnen en zouden daar dan ook mee geconfronteerd kunnen worden. Dit rechtvaardigt echter nog niet de opname van een *algemene* verjaringstermijn van twee jaar bij koop. Maar ook binnen het handelskooprecht blijft het de vraag waarom verkopers hier een groter belang bij hebben dan andere (professionele) schuldenaren.

Al met al wordt de koper door middel van art. 7:23 BW dubbel getroffen – hij wordt geconfronteerd met een klachtplicht, al dan niet in combinatie met een onderzoeks- en vervolgingsplicht en vervolgens met een zeer korte

verjaringstermijn, waarbij een onderbouwing door de wetgever met betrekking tot deze afwijking van het algemene verbintenissenrecht ontbreekt.

8.6.3 Tot slot

Dit onderzoek leidt tot de conclusie dat het huidige toepassingsbereik van art. 7:23 lid 1 BW *buiten de handelskoop* niet gerechtvaardigd is. Bovendien treedt de huidige regeling – zelfs binnen de handelskoop – in haar toepassing buiten haar oevers. Daarbij springen drie punten in het bijzonder in het oog: de alles-of-niets benadering ten aanzien van de rechten van de koper, de toepasselijkheid van de klachtplicht bij bedrog en de regeling omtrent de korte verjaringstermijn.

Ik besluit daarom met een oproep aan de wetgever om het toepassingsbereik van de onderzoeks- en klachtplicht van de koper in het Nederlandse recht te beperken tot waar de regeling oorspronkelijk voor bedoeld was: de handelskoop. Tot het zover is, is het aan de rechter om de regeling op een beperkte wijze toe te passen zodat deze beter aansluit bij de handelsrechtelijke oorsprong ervan, tegen de achtergrond van het *pacta sunt servanda*-beginsel. Dat betekent overeenkomstig de voor de rechtsverwerking geldende regels, terughoudendheid bij toepassing van het leerstuk in het algemeen, en in het bijzonder bij toepassing daarvan in het geval van bedrog, bij de koop van vermogensrechten of onroerende zaken en bij consumentenkoopovereenkomsten.

Het toepassingsbereik van de klachtplicht bij koop is veel te ver uitgedijd: de regeling wordt te pas en te onpas van stal gehaald. Hoog tijd om hieraan paal en perk te stellen.