



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Klagen onder de vigueur van het BW of onder die van het Weens Koopverdrag?

Wechem, E. van; Breedveld-de Voogd, C.G.; Castermans, A.G.; Krans, H.B.; Wissink, A.E.C.

Citation

Wechem, E. van. (2020). Klagen onder de vigueur van het BW of onder die van het Weens Koopverdrag? In C. G. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, H. B. Krans, & A. E. C. Wissink (Eds.), *Sluiterijd: Reflecties op het werk van Jaap Hijma* (pp. 301-313). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464025>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464025>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Klagen onder de vigeur van het BW of onder die van het Weens Koopverdrag?

Edwin van Wechem

In het kader van het ‘overall’-thema van deze bundel, de ‘sluiterij’, onderzoek ik in deze bijdrage de vraag of ‘de tijdsperiode’ waarbinnen geklaagd moet worden bij handelskoop op grond van art. 7:23 lid 1 BW, verschilt met die van de corresponderende regeling in het Weens Koopverdrag¹ opgenomen in art. 38 en 39. Bovendien zal ik ingaan op de vraag welke van de twee regelingen voor welke partij, de koper of verkoper, het meest gunstig uitpakt. Deze laatste vraag kan van belang zijn ter vaststelling of het vanuit het perspectief van de verkoper al dan niet de voorkeur verdient om in het geval van het sluiten van een internationale overeenkomst van handelskoop, de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag contractueel uit te sluiten.

Art. 7:23 BW: een klachtregeling met een aantal merkwaardigheden

Over de klachtplicht is in de rechtsliteratuur zeer veel geschreven, waarbij ik met name wijs op het zeer lezenwaardige artikel van J.J. Valk.² Valk geeft de historie en de huidige stand van zaken (tot aanvang 2020), inclusief de zeer omvangrijke hoeveelheid van Hoge Raad-arresten en vindplaatsen in de rechtsliteratuur, tot in precisie weer. Ik ga zijn betoog niet overdoen. Ik volsta hier dan ook met het ‘inzoomen’ op een aantal aspecten van de klachtplicht dat mij is opgevallen en dan in het bijzonder ten aanzien van de omvang en reikwijdte van art. 7:23 BW. De klachtplicht is in het Burgerlijk Wetboek opgenomen in art. 6:89 BW,³ en voor koop in art. 7:23 lid 1 BW.⁴

¹ Het Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Wenen 11 april 1980 (*Trb.* 1981, 184).

² J.J. Valk, ‘Het toepassingsbereik van de klachtplicht’, *MvV* 2020/2.1, p. 43-52.

³ Art. 6:89 BW luidt: ‘De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.’

⁴ Art. 7:23 lid 1 BW luidt: ‘De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Blijkt echter aan de zaak een eigenschap te ontbreken die deze volgens de verkoper bezat, of heeft de afwijking betrekking op feiten die hij kende of behoorde te kennen doch die hij niet heeft

Valk merkt onder meer het volgende op:

‘Kortom, de Hoge Raad heeft de piketpalen geslagen: de klachtplicht is van toepassing op alle verbintenissen, maar dan wel alleen bij gebrekkige prestaties, en de schuldeiser kan de klachtplicht niet omzeilen door voor een ander anker te gaan liggen.’⁵

Hiermee maakt hij inzichtelijk dat de klachtplicht van art. 6:89 en 7:23 BW⁶ zich voornamelijk⁷ in het contractenrecht manifesteert. Hetgeen voor zover het de klachtplicht van art. 7:23 BW betreft, natuurlijk voor de hand ligt.⁸

‘Het is duidelijk dat de klachtplicht is geschreven voor gevallen waarin een prestatie gebrekkig is verricht (en niet voor gevallen waarin de prestatie niet of niet tijdig is verricht), maar veel meer valt uit de toelichting niet af te leiden.’⁹

Wanneer men bij het niet prestatief nakomen van verbintenissen uit overeenkomst in grote lijnen¹⁰ een onderscheid maakt tussen de situatie waarbij de prestaties van de schuldenaar kwalitatief¹¹ ten achter blijven ten opzichte van hetgeen hij heeft toegezegd en anderzijds de situatie waar de schuldenaar in de nakoming temporeel ten achter blijft, met andere woorden te laat presteert, fascineert het om te zien dat de klachtplicht slechts kan worden ingeroepen ten aanzien van de schuldenaar die gebrekkig heeft gepresteerd.¹² Een te laat presteren wordt in het licht van deze

meegedeeld, dan moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden. Bij een consumentenkoop moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden, waarbij een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is.’

5 Valk, *MvV* 2020/2.1, p. 44.

6 Vgl. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuizen, r.o. 3.6: ‘De klachtplicht van art. 6:89 BW heeft, evenals die van art. 7:23 lid 1 BW bij een koopovereenkomst, betrekking op gebrekkige prestaties, dat wil zeggen prestaties van een schuldenaar (bij art. 7:23 BW: prestaties van een verkoper) die niet aan de verbintenis beantwoorden.’

7 Zie ook: HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuizen.

8 Uit HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, m.nt. Jac. Hijma, valt af te leiden dat hetgeen de Hoge Raad (eerder) heeft geoordeeld over art. 6:89 BW ook toepassing vindt ten aanzien van art. 7:23 lid 1 BW. Ik merk hierbij op dat er moet worden gewaakt voor de toepassing van de nationale regels op het gebied van consumentenkoop, deze kennen immers een communautaire inkleuring.

9 C.J. van Zeben & J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof) (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981., p. 316-317.

10 Vgl. T.H.M. van Wechem, ‘Leren exoneren: een aantal gezichtspunten ten aanzien van het contractueel reguleren van aansprakelijkheid’, *Contracteren* 2019/3.2, p. 89 e.v.

11 Bij het (vermeend) in het geheel niet presteren van wat is toegezegd, zie: HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, *NJ* 2017/344, m.nt. D.W.F. Verkade.

12 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, *NJ* 2007/176.

regelingen in beginsel niet als gebrekkig presteren gezien. Voor dat tijdselent biedt deze regeling geen voorziening.

In het kader van het kooprecht dient eveneens te worden gerealiseerd dat de klachtplicht van art. 7:23 lid 1 BW (die een korte verjaringstermijn ‘triggert’¹³) geen betrekking heeft op de normschending bij koop die zijn oorsprong vindt in art. 7:15 lid 1 BW.¹⁴ Uit art. 7:15 lid 1 BW vloeit voort dat de verkoper verplicht is de verkochte zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aangevraagd.

In Asser/Hijma wordt hier onder meer over opgemerkt:

‘Buiten het werkterrein van art. 7:23 BW vallen rechtsgebreken zoals bedoeld in art. 7:15 BW (...) die zich gezien hun niet-feitelijke aard inderdaad minder voor een dergelijke regeling lenen. Bij de aanwezigheid van een rechtsgebrek zal in beginsel wel het algemene art. 6:89 BW voor toepassing in aanmerking komen (...). Het komt mij echter voor dat ook die bepaling dermate op de aanwezigheid van feitelijke gebreken is georiënteerd, dat zij in geval van een rechtsgebrek met de nodige voorzichtigheid zal (dienen te) worden toegepast.’¹⁵

Ik zou menen dat de normschending ‘leveren vrij van lasten’ niet kwalificeert als een verbintenis waartoe art. 6:89 BW zich uitstrekt, evenzo als een gehoudenheid om niet te doen – wanneer deze is geschonden –, naar mijn mening niet onder de reikwijdte van art. 6:89 BW te brengen is.

In Asser/Hijma wordt ook opgemerkt dat de verbintenis tot overdracht van de onbelaste eigendom eveneens ten opzichte van de onbelastheid een prestatief karakter heeft.¹⁶ Uit art. 7:20 BW vloeit voort dat een koper in beginsel van de verkoper kan eisen de aanwezige last op te heffen. Zelf zie ik derhalve het prestatieve karakter slechts aanwezig in de verplichting die voor de verkoper uit art. 7:20 BW kan voortvloeien en niet uit die van art. 7:15 BW. Dit zou passen in de gedachte dat art. 6:89 BW *niet* van toepassing is op de normschending die voortvloeit uit art. 6:162 BW¹⁷ maar wél op de uit de normschending voortvloeiende verbintenis tot schadevergoeding.¹⁸ Toegepast bij koop: zoals ik het zie heeft art. 6:89 BW geen betrekking op de normschending van art. 7:15 BW maar wél op nakoming van de eventuele verplichting die op de verkoper kan rusten uit hoofde van art. 7:20 BW.

¹³ Een verjaringstermijn van twee jaar, aanvangend na de kennisgeving als bedoeld in art. 7:23 lid 1 BW, zie art. 7:23 lid 2 BW.

¹⁴ Evenmin ten aanzien van schending van overige afspraken, bijvoorbeeld die ter zake van de plaats van aflevering.

¹⁵ Asser/Hijma 7-I 2019/802.

¹⁶ Asser/Hijma 7-I 2019/537.

¹⁷ HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuizen.

¹⁸ Vgl. Valk, MvV 2020/2.1, p. 48.

In het kader van art. 7:23 lid 1 BW valt naast het ‘beperkte’ toepassingsbereik, te weten ten aanzien van de feitelijke gebreken, tevens nog de merkwaardigheid op dat de verkorte verjaringstermijn van twee jaar, opgenomen in art. 7:23 lid 2 BW, eerst aanvangt ná de kennisgeving van het gebrek door de koper aan de verkoper. De verjaringstermijn gaat dus niet eerder lopen, bijvoorbeeld gemeten vanaf het tijdstip dat de koper het gebrek ‘redelijkerwijs had behoren te ontdekken’, ondanks dat dat tijdstip voor de klachtplicht *zelf* wel relevant is.¹⁹

Eén van de te beantwoorden vragen in dit opstel is hoe de tijdspanne van art. 7:23 BW waarbinnen geklaagd moet worden zich verhoudt tot de simultane regeling in het Weens Koopverdrag.

Het ontdekken van het gebrek waarover art. 7:23 lid 1 BW rept, ziet er – kort gezegd – op dat de koper tot de conclusie is gekomen dat er zijns inziens sprake is van een non-conformiteit en vangt niet per se aan bij de twijfel daarover.²⁰ Er zijn twee relevante vervalmomenten in art. 7:23 lid 1 BW omsloten,²¹ te weten de ontdekkingstermijn²² en de tweede termijn, welke ziet op de mededelingstermijn van de koper van het gebrek aan de verkoper. De eerste termijn kan worden gekarakteriseerd met het woord ‘voortvarend’; de koper moet het onderzoek voortvarend opstarten. De tweede

19 De koper kan het aanvangsmoment van de verjaring dus deels in eigen hand hebben, hetgeen door de Hoge Raad in zijn arrest van 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196, m.nt. C.E. du Perron, onwenselijk werd geacht, zie r.o. 3.6: ‘(..) Het verdraagt zich niet met de rechtszekerheid en de billijkheid, die het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen, dat de benadeelde door het nalaten van een redelijkerwijs van hem te verlangen, eenvoudig uit te voeren onderzoek naar de identiteit van de aansprakelijke persoon, zou kunnen voorkomen dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW een aanvang neemt.’

20 Asser/Hijma 7-1 2019/808 e.v. Vgl. ook: HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606, m.nt. Jac. Hijma (Pouw/Visser), r.o. 3.3.2: ‘De vraag of de koper binnen de bekwame tijd als bedoeld in art. 7:23 lid 1 heeft gereclameerd over gebreken aan de afgeleverde zaak, kan niet in algemene zin worden beantwoord (...) dient de koper (a) ter beantwoording van de vraag of de hem afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt het in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem te verwachten onderzoek te verrichten en (b) binnen bekwame tijd nadat hij heeft ontdekt of bij een dergelijk onderzoek had behoren te ontdekken dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, hiervan kennis te geven aan de verkoper.’

21 Ik laat de overeenkomst van consumentenkoop buiten bespreking.

22 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606, m.nt. Jac. Hijma (Pouw/Visser), r.o. 3.3.3: ‘(..) De lengte van de onder (a) bedoelde termijn is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het onder (a) bedoelde onderzoek dient, gelet op de door art. 7:23 lid 1 beschermde belangen van de verkoper, door de koper te worden ingesteld en uitgevoerd met de voortvarendheid die gelet op de omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden gevergd. In dat verband kunnen onder meer van belang zijn de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt, en de deskundigheid van de koper.’

termijn,²³ de mededelingstermijn ‘binnen bekwame tijd’, hangt af van alle omstandigheden van het geval en kan niet op voorhand op een termijn worden gefixeerd. Wat mij betreft: generiek aanwijzend dat de termijn van art. 7:23 lid 1 BW niet als een te strakke regeling ten nadele van de koper dient te worden opgevat, zijn de – uit diverse eerdere Hoge Raad-arresten gecumuleerde – overwegingen in het Hoge Raad-arrest van 12 december 2014.²⁴ De vraag of de koper binnen de bekwame tijd als bedoeld in art. 7:23 lid 1 BW heeft gereclameerd over gebreken aan de afgeleverde zaak, kan, volgens ons hoogste rechtscollege, niet in algemene zin worden beantwoord.

De Hoge Raad overwoog in die zaak:²⁵

‘(..) dient de vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door het tijdsverloop totdat is geklaagd. Een vaste termijn kan daarbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de koper ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in art. 7:23 BW vermeld – te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de verkoper is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van

23 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606, m.nt. Jac. Hijma (*Pouw/Visser*), r.o. 3.3.4: ‘Wat betreft de lengte van de onder (b) bedoelde termijn (..) dient de vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn. Een vaste termijn kan daarbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.’

24 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, NJ 2017/163, m.nt. W.D.H. Asser.

25 Waar het hof ten aanzien van de klachtplicht het volgende had overwogen: ‘Nu echter voor de hand ligt en in de branche gebruikelijk is dat een afgeleverde partij welhaast terstond (steekproefsgewijs) op dergelijke afwijkingen wordt gecontroleerd, moet aangenomen worden dat Edco de gestelde gebreken bij of kort na de aflevering heeft ontdekt. Dat geldt temeer nu Edco die petten heeft laten ompakken, in welk verband zij bij fax van 21 april 2000 wel heeft geklaagd dat er blauwe en groene petten in verkeerde verpakking c.q. verhouding waren aangetroffen, maar zonder daarbij over de gestelde gebreken te spreken. Pas bij brief van 4 juli 2000 rept Edco van voormeld gebrek; in de latere correspondentie keert de klacht niet (op kenbare wijze) terug. Daarmee heeft Edco niet met de voortvarendheid die in de gegeven omstandigheden van haar kon worden gevergd bij FAR/Wiener geklaagd. Dat betekent dat zij zich niet ten ververe op de gestelde gebreken kan beroepen en dat de buitengerechtelijke ontbinding geen effect heeft gehad’ (rov. 2.10-2.11). De petten waren overigens op of om en nabij 21 april 200 geleverd, zo valt op te maken uit HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO0183, NJ 2010/652.

het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend.'

De Hoge Raad plaatst een en ander in het leerstuk van de rechtsverwerking, welk leerstuk wordt gekenmerkt door een behoedzame en een terughoudende toepassing. Overigens lijkt de Hoge Raad de klachtplicht in algemene zin te plaatsen in een matrix van tijdig of te laat, terwijl mij een plaatsing binnen een matrix van proportionaliteit ook goed mogelijk lijkt. Wat mij betreft zou goed denkbaar zijn een systeem waarbij de klacht slechts als te laat wordt gerekend, en daardoor de koper van zijn rechten afhoudt, 'voor zover' de verkoper door de late klacht in zijn belangen is geschaad. Hijma is het wel eens met het aan de nadeelfactor toegekende gewicht, maar zet vraagtekens bij de gekozen weg daarnaartoe.²⁶ Hij ziet deze eerder in de gedachtegang van de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW. Gezien de woorden 'voor zover' in art. 6:248 lid 2 BW, die een proportionele toepassing impliceren, ben ik het dan ook graag met Hijma eens.²⁷

Conclusie van het bovenstaande: de wettelijke regeling heeft geen voorspellend karakter ten aanzien van de termijn die bij handelskoop binnen de klachttermijn tijdig of als te laat wordt beschouwd. Een beschouwing van de rechtspraak laat het volgende beeld zien. Uit de overvloed²⁸ aan rechterlijke oordelen over art. 7:23 BW blijkt bij nadere bestudering dat slechts een zeer klein aantal daarvan betrekking heeft op geschillen uit handelskoop. Ik ben een weging van de 'nadeelfactor' daar nog niet expliciet in tegengekomen.²⁹

²⁶ Terecht kritisch over de 'nadeelfactor' Asser/Hijma 7-1 2019/815.

²⁷ HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006, 378, m.nt. M.M. Mendel.

²⁸ De zoektocht op www.rechtspraak.nl op art. 7:23 BW levert duizenden 'hits' op. Het algemene beeld laat zien dat deze vindplaatsen niet vaak betrekking hebben op handelkoopgeschillen. De zoekterm: '7:23 handelskoop' bij hoven en rechtbanken leverde 35 'hits' op, waarvan uiteindelijk slechts een beperkt aantal betrekking had op art. 7:23 BW.

²⁹ Ten aanzien van bederfelijke waar moet volgens Rechtbank Rotterdam onmiddellijk bij aflevering worden geklaagd, Rb. Rotterdam 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8138. Een tijdspanne van 9 juni 2016 (levering) en 28 juni melding van (negatief onderzoeksrapport) achtte Hof Arnhem Leeuwarden tijdig. Ontvangst van een onderzoeksrapport op 6 juni 2007 en de daarmee corresponderende klacht op 12 juni 2007 achtte Hof Den Haag tijdig, 4 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:1316. Over klagen bij bekendheid wanneer eigenschap is toegezegd: Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9841. Ook Hof Arnhem-Leeuwarden 19 oktober 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AR8242, r.o. 5.6: '(.) kan de melding door Domicilie aan P&M van de vermeende gebreken drie tot vijf maanden nadat zij deze had ontdekt, niet worden aangemerkt als een melding "binnen bekwame tijd" als bedoeld in artikel 7: 23 lid 1, eerste volzin, BW.'

Art. 38 en 39 Weens Koopverdrag: een (gecombineerde) klachtenregeling met een aantal merkwaardigheden

Zoals eerder aangegeven, is de regeling in het Weens Koopverdrag die met art. 7:23 lid 1 BW correspondeert te vinden in art. 38³⁰ en 39.³¹

Asser/Hijma ziet geen wezenlijk onderscheid met het Nederlandse recht.³² De CISG Advisory Council, een instituut bestaande uit een groep internationale hoogleraren die met een bepaalde regelmaat opinies opstelt over kwesties het Weens Koopverdrag aangaande, welke kwesties verduidelijking behoeven, heeft ook over art. 38 en 39 een opinie geschreven.³³

Aan de opinie lag het volgende ten grondslag:

‘The question referred to the Council was: Should the periods of time in Art. 38 and 39 CISG (“as short as is practicable” and “reasonable”) be made more concrete by respective directives set by courts or in projects of unification of law, e.g. by qualifying as “reasonable” in the meaning of Art. 39 (1) CISG under normal circumstances a period of 2 or respectively 4 weeks.’³⁴

30 Art. 38 luidt: ‘1. De koper moet de zaken binnen een, gelet op de omstandigheden zo kort mogelijke, termijn keuren of doen keuren. 2. Indien de overeenkomst tevens het vervoer van de zaken omvat, kan de keuring worden uitgesteld tot na de aankomst van de zaken op hun bestemming. 3. Indien de koper de bestemming van de zaken onderweg wijzigt of hij deze doorzendt zonder dat hij redelijkerwijs gelegenheid heeft deze te keuren en de verkoper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de mogelijkheid van deze wijziging of doorzending kende of behoorde te kennen, kan de keuring worden uitgesteld tot het tijdstip waarop de zaken op de nieuwe bestemming zijn aangekomen.’

31 Art. 39 luidt: ‘1. De koper verliest het recht om zich erop te beroepen dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden, indien hij niet binnen een redelijke termijn nadat hij dit heeft ontdekt of had behoren te ontdekken de verkoper hiervan in kennis stelt, onder opgave van de aard van de tekortkoming. 2. In ieder geval verliest de koper het recht om zich erop te beroepen dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden, indien hij de verkoper niet uiterlijk binnen een termijn van twee jaar na de datum waarop de zaken feitelijk aan de koper werden afgegeven, hiervan in kennis stelt, tenzij deze termijn niet overeenstemt met een in de overeenkomst opgenomen garantietermijn.’

32 Asser/Hijma 7-1 2019/832.

33 CISG Advisory Council Opinion No. 2, ‘Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39’, *Pace International Law Review* 2004/16, afl. 2, te raadplegen op <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.nl/&httpsredir=1&article=1169&context=pilr>.

34 CISG-AC Opinion no. 2, p. 2.

Art. 38 en 39³⁵ behoren tot de meest omstreden bepalingen in het verdrag.³⁶ Bij lezing van de opinie wordt al snel duidelijk dat deze regeling van meet af aan zeer controversieel was omdat er samensmelting van 'fact and law' plaatsvindt en dat er geen alomvattend antwoord op de gestelde vraag kan worden gegeven, eigenlijk niet eens een generieke aanwijzing. De juiste interpretatie van de bepalingen leidt veelvuldig tot problemen, vooral doordat rechters zich bij de interpretatie regelmatig laten beïnvloeden door hun lokale recht. Hierdoor geven veel uitspraken een onbetrouwbaar beeld.

Art. 38 bepaalt dat de koper de zaken 'moet' keuren. De keuring is echter geen verplichting, en de koper kan niet worden gedwongen om de zaken te keuren. Afzien van keuring levert geen tekortkoming op, wel verliest de koper het recht op herstel of schadevergoeding. Het is dus in het belang van de koper om het voorschrift in acht te nemen. De termijn van het artikel dient te worden gezien in samenhang met art. 39.

Evenals bij art. 7:23 lid 1 BW is er sprake van twee termijnen: een termijn waarbinnen moet worden nagegaan of de zaken aan de overeenkomst beantwoorden (art. 38) en een termijn waarbinnen een gebrek aan de verkoper moet worden gemeld (art. 39). Voor beide termijnen geldt dat deze variabel zijn en afhangen van alle omstandigheden van het geval. De koper die zonder keuring, maar op andere wijze constateert dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden, heeft feitelijk slechts rekening te houden met de klachttermijn voortvloeiend uit art. 39. Uit art. 39 volgt een verval van recht bij niet tijdige melding van klachten. Is sprake van een gebrek in de geleverde zaken en heeft geen keuring plaatsgevonden, dan vangt de vervaltermijn van art. 39 aan op het moment waarop de koper het gebrek had behoren te ontdekken.

Daarnaast geldt bij art. 39 een algemene termijn van twee jaar na aflevering waarna de koper het recht om te klagen verliest. Een verkoper die bekend behoorde te zijn met de gebreken maar deze niet aan de koper heeft gemeld, kan zich niet beroepen op het niet voldoen door de koper aan art. 38 en art. 39, hetgeen weer volgt uit art. 40 van het verdrag. De koper die een redelijke verontschuldiging heeft voor de te late keuring of melding wordt eveneens beschermd, hetgeen volgt uit art. 44. In het kort kan over deze gecombineerde regeling nog het volgende worden opgemerkt.³⁷ De koper dient de zaken binnen een zo kort mogelijke termijn³⁸ te

35 Een gedeelte van het onderstaande is ontleend aan: Christiaans & Van Wechem, *T&C vermogensrecht* 2019, commentaar op artikelen 38-39 Weens Koopverdrag, p. 2615 e.v.

36 Zie CISG-AC Opinion no. 2, p. 3 onder Introduction: 'The provisions regarding the notice that should be given by the buyer to the seller of goods in case of their alleged lack of conformity to the contract were among the most disputed matters in the preparation of the CISG. The proper interpretation of those provisions is in turn one of the most controversial matters in its implementation since it involves both fact and law, (...)'.
37 Zie Christiaans & Van Wechem, *T&C vermogensrecht* 2019, commentaar op artikel 38 Weens Koopverdrag, p. 2614-2620.

38 Hof Arnhem Leeuwarden 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7514. Een onderzoek naar pet-flessen binnen 2 weken na aflevering was op tijd in het licht van art. 38 WK.

keuren, teneinde te kunnen voldoen aan de regel van art. 39. Hoe kort de termijnen (van art. 38 en 39)³⁹ zijn, hangt af van de omstandigheden, alsmede van de aard⁴⁰ van de betrokken zaken.⁴¹ Aan bederf onderhevige zaken zullen onmiddellijk, of zo snel mogelijk moeten worden gekeurd.⁴² Voor complexe machines of voor zaken die een testprocedure⁴³ moeten doorlopen, zal mogelijk een (veel) langere periode moeten worden geboden. De termijn voor melding van klachten conform art. 39 vangt aan bij ontdekking of op het moment dat het gebrek behoorde te worden ontdekt, ongeacht het moment van.

Indien zaken zijn geleverd vóór de overeengekomen leveringsdatum begint de termijn (van art. 38) eerst te lopen op die overeengekomen datum, ook als de koper al eerder van het gebrek op de hoogte was. Is de koper verantwoordelijk voor het vervoer, dan zal de keuring direct of zo spoedig mogelijk na ontvangst door de koper dienen te geschieden (lid 1). Omvat de overeenkomst tevens het vervoer van de zaken (zie art. 31 sub a), dan kan de keuring waar art. 38 op ziet, plaatsvinden na aankomst (lid 2).⁴⁴ Zendt de koper de zaken door naar een derde voor verdere bewerking, dan zal de koper moeten nagaan of keuring voor doorzending dient plaats te vinden. Met de termijn van art. 38 dient flexibel te worden omgegaan, daar

39 Uitgebreid: verhouding art. 38 en 39 Weens Koopverdrag en bij art. 39 differentiatie tussen verschillende leveringen: Hof Den Bosch 11 oktober 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6646.

40 Hof Den Bosch 6 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3645: 6 weken voor kwaliteit houtplanken, in beginsel op tijd. Hof Amsterdam 13 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL2807: gezien de aard van de gevelplaten werd een laat klagende koper niet euvel geduid. 5 dagen voor gebrek bij etikettering terwijl koper wist waar hij op moest lekken vond Hof Den Haag te lang, Hof Den Haag 19 april 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2095. Voor bomen is wegens internationale gebruiken een termijn van 6 dagen geëigend, Hof Den Bosch 2 januari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ6352.

41 Door zeep in het geheel niet te keuren bij aflevering, kon de koper niet zijn rechten uitoefenen toen achteraf bleek dat deze bacteriologisch was besmet, Hof Den Bosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3666.

42 Hof Den Bosch 9 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BQ2723; Hof Arnhem 9 maart 2010 ECLI:NL:GHARN:2010:BL7399; Hof Arnhem 19 januari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL0932.

43 Hof Den Haag 21 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3856, r.o. 40: '(..) Wat betreft het in India bewerkte leer geldt dat dit is afgeleverd in april 2003 en dat toen direct witte uitslag is geconstateerd. Het hof is van oordeel dat [geïntimeerde] redelijkerwijs kon besluiten eerst te onderzoeken of de oorzaak daarvan in het bewerkingsproces was gelegen (..) Daarvan uitgaande was de ontvangst door [geïntimeerde] van de partij uit India in juni 2003, het eerste moment waarop (volgens haar eigen stellingen) zij redelijkerwijs rekening diende te gaan houden met de mogelijkheid dat er met het leer zelf iets niet in orde was. Door World Skins daarop bij schrijven van 3 juli 2003 aan te spreken heeft zij, ook met het oog op de gerechtvaardigde belangen van World Skins, voldoende voortvarend gehandeld en binnen de in art. 39 WKV genoemde redelijke termijn geprotesteerd. De grief faalt derhalve.'

44 Hof Den Bosch 15 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:927: wegens contractuele afwijking van art. 38 WK moest o.g.v. van art. 39 WK onmiddellijk bij ontvangst worden gemeld en is melding 2 maanden later te laat.

deze beoogt de koper ter wille te zijn. In sommige West-Europese landen worden de bepalingen echter, ten onrechte, verkopersvriendelijk uitgelegd.⁴⁵ Zijn zaken niet aan bederf onderhevig, dan dient weliswaar op korte termijn gecontroleerd te worden of de hoeveelheid overeenstemt met de overeenkomst, maar meer diepgaande keuring kan soms worden uitgesteld,⁴⁶ bijvoorbeeld als bekend is dat het de koper wegens drukte ontbreekt aan gelegenheid tot keuren.

Ten aanzien van de aanwezigheid van bijzondere lasten en beperkingen, waarop art. 7:15 BW betrekking heeft, kent het Weens Koopverdrag in art. 41 een algemene regeling en in art. 42 een aparte regeling toegespitst op rechten ter zake van industriële eigendom.⁴⁷ Echter, in tegenstelling tot art. 7:23 lid 1 BW, ten aanzien waarvan de klachttermijn ten opzichte van *die* rechten niet is geregeld en – zoals in de vorige paragraaf is aangegeven – deze (al dan niet) onder de reikwijdte van art. 6:89 BW te brengen zijn, kent het Weens Koopverdrag in art. 43 een specifieke klachtregeling⁴⁸ voor die rechten en verschilt daarmee van het Nederlandse BW. De Hoge Raad heeft zich in 1998 een keer over de toepassing van art. 38 en 39⁴⁹ uitgelaten.⁵⁰ Het hof had in die zaak beslist dat de klacht van de koper bij de verkoper – vier maanden nadat de afnemer van de koper over de kwaliteit van geleverde tegels bij de koper had geklaagd – te laat was, ondanks de bouwvakantie die in die periode plaatsvond. De koper had volgens het hof eerder tot een gericht onderzoek moeten overgaan. Hieraan deed niet af dat in een geval als het onderhavige, waarin een bepaalde tekortkoming pas na verloop van enige tijd (met voldoende precisie) was te constateren, de koper vanaf het moment waarop hij voor het eerst een klacht van zijn afnemer ontvangt, voldoende tijd moet hebben om de gegrondheid ervan te onderzoeken en om de aard van de tekortkoming te kunnen vaststellen, alvorens hij die tekortkoming aan de verkoper meldt. Uit het arrest van het hof, gesauveerd door de Hoge Raad, vloeit voort dat de koper sneller had moeten reageren.

45 Zie ook de rechtspraak in noot 56.

46 Streng inzake kookolie: Hof Den Bosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1812.

47 Zie Christiaans & Van Wechem, T&C vermogensrecht 2019, commentaar op artikel 38 e.v. Weens Koopverdrag, CISG, p. 2622 e.v.

48 Art. 43 WK bepaalt: '1) De verkoper (lees "koper" EvW) verliest het recht zich te beroepen op het bepaalde in de artikelen 41 en 42, indien hij nalaat binnen redelijke tijd nadat hij kennis kreeg of had behoren te krijgen van het recht of de aanspraak van de derde, de verkoper daarvan in kennis te stellen, onder nadere aanduiding van de aard van het recht of de aanspraak. 2) De verkoper is niet gerechtigd zich te beroepen op het bepaalde in het voorgaande lid, indien hij bekend was met het recht of de aanspraak van de derde en met de aard daarvan.'

49 Art. 39 WK eist niet een gedetailleerde omschrijving van de klachten, doch verlangt een opgave van de aard van de klachten. Waar het op aankomt, is of de opgave de verkoper in staat stelt zich een zodanig beeld van de tekortkoming te vormen dat hij zijn maatregelen (nadere inspectie, eventueel verhelpen van de klachten) kan treffen. Vgl: concl. A-G L. Strikwerda, ECLI:NL:PHR:1998:ZC2586 voor HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2586, NJ 1998/480 (*Bronneberg/Ceramica Belvedere*).

50 HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2586, NJ 1998/480 (*Bronneberg/Ceramica Belvedere*).

Wat hier opvalt is dat de vraag die zo centraal staat in het arrest over art. 7:23 lid 1 BW van 12 december 2014,⁵¹ ten aanzien van de ‘nadeelfactor’ hier in het geheel niet wordt geadresseerd, hetgeen natuurlijk niet bevreemdt gezien de datum van het laatstgenoemde arrest.⁵² Het ligt echter wat mij betreft meer voor de hand dat voor *die* norm binnen het Weens Koopverdrag ook niet specifiek ruimte bestaat, omdat *die* norm (die immers gerelateerd is aan rechtsverwerking) een – wat mij betreft – te nationale (Nederlandse) inkleuring behelst. Hierbij merk ik op dat art. 7 lid 1 van het Weens Koopverdrag meebrengt dat de bepalingen in het verdrag dienen te worden uitgelegd, beschouwd vanuit een internationaal perspectief.⁵³ Er is in beginsel geen ruimte voor interpretatie die eigen is aan het lokale recht van de betreffende verdragsluitende staat.⁵⁴

Wél valt op dat in diverse Nederlandse uitspraken eraan wordt gerefereerd dat art. 39 Weens Koopverdrag is geschreven om juist de verkoper nog de mogelijkheid te geven om te onderzoeken of het geleverde aan de overeenkomst beantwoordt, en dat veelal daarom de termijnen kort moeten worden gehouden. Hier valt dus op dat in Nederlandse rechtspraak de ‘nadeelfactor’ ook bij art. 39⁵⁵ – evenals bij art. 7:23 lid 1 BW – een rol speelt, alleen werkt deze daar, zoals ik het zie, de andere kant op.

51 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, NJ 2017/163, m.nt. W.D.H. Asser.

52 En naar waarschijnlijkheid de cassatiemiddelen.

53 Zie Christiaans & Van Wechem, *T&C vermogensrecht* 2019, commentaar op artikel 7 Weens Koopverdrag, p. 2567-2569.

54 Vgl. CISG-AC Opinion no. 2 onder 5.2: ‘While many of the decisions that have been reported to date are unobjectionable on their facts, there has been a tendency on the part of some courts to interpret CISG articles 38 and 39 in the light of the analogous provisions in their domestic law. This has been most overt where the CISG text is similar to that in the domestic law. While the method of interpreting in the light of domestic law that also requires notice to be given in a reasonable time does not accord with the requirement of CISG article 7(1), since it does not give due regard to the international character of the Convention, the results in the individual cases are difficult to criticize.’

55 Hof Den Bosch 9 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BQ2723, r.o. 4.14.5: ‘(...) Hierbij dient mede in aanmerking genomen te worden dat art. 39 Weens Koopverdrag onder meer beoogt de verkoper in staat te stellen om zelf de klachten te onderzoeken. Een korte klachttermijn klemt in de onderhavige omstandigheden temeer, nu bij gebreke daarvan (tegen)bewijslevering ter zake de gestelde gebreken en waardoor die kunnen zijn ontstaan zou worden bemoeilijkt.’ Hof Arnhem 9 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL7399, r.o. 4.10: ‘(...) Dit geldt temeer nu met de klachtplicht het belang van de verkoper gediend is dat hij in staat wordt gesteld zelf de klachten te (doen) onderzoeken en bewijs te verzamelen over een gestelde non-conformiteit (hetgeen bij bederfelijke waar als de onderhavige binnen (zeer) korte tijd dient te geschieden), en zo nodig maatregelen te nemen om nieuwe non-conforme leveringen te voorkomen.’ Hof Arnhem 19 januari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL0932, r.o. 4.4: ‘(...) Aangezien de verkoper er belang bij heeft binnen redelijke tijd na de aflevering te weten of het geleverde aan de koopovereenkomst voldoet ten einde zo nodig de klacht te onderzoeken en maatregelen te nemen en omdat onderzoek bij bederfelijke waar, zelfs bij juiste opslag, door tijdsverloop pleegt te worden bemoeilijkt, had van [appellante] verwacht mogen worden dat zij bij haar constatering op

Bij art. 7:23 lid 1 BW wordt deze norm ingezet om het belang van de koper te beschermen; de koper wordt immers beschermd tegen een verlies van zijn recht. Hij verliest dat recht in beginsel niet als blijkt dat de verkoper niet in zijn belangen is geschaad. Art. 39 Weens Koopverdrag beschermt juist de verkoper; het is het belang van de verkoper dat hij in de gelegenheid wordt gesteld om de vermeende klachten nog te kunnen onderzoeken zodat deze eventueel tijdig weerlegd kunnen worden.

Uitleiding

De vraag die ik me in dit korte opstel heb gesteld, is of er licht zit tussen de regelingen van art. 7:23 lid 1 BW en die van art. 38 en 39 van het Weens Koopverdrag. Ik meen die vraag bevestigend te kunnen beantwoorden. Natuurlijk, art. 39 kent een ‘overall-vervaltermijn’ van twee jaar gerekend van de dag van na de datum van feitelijk afgifte van de zaken aan de koper. De verkoper kan na deze termijn van twee jaar niet meer door de koper worden aangesproken als niet tussentijds eerder met inachtneming van de termijnen zoals genoemd in art. 38 en 39 is gereclameerd. Daarmee is de regeling vanuit verkopers perspectief – sowieso – gunstiger dan de regeling van art. 7:23 BW, omdat ook klachten die zich na twee jaar openbaren – mits deze nog onder de schending van het conformiteitsbegrip van art. 7:17 BW zijn te brengen – ook na twee jaar na feitelijke levering nog rechten voor de koper in het leven kunnen roepen.⁵⁶

Wanneer naar een vergelijking in rechtspraak wordt gekeken tussen de handelskoopgeschillen onder de reikwijdte van art. 7:23 BW en die onder art. 38 en 39 Weens Koopverdrag valt op dat het belangrijke arrest van de Hoge Raad van 12 december 2014 betrekking had op een handelskoopgeschil. In dat arrest is wederom⁵⁷ – maar dan nu ook bij handelskoop – aandacht gevraagd voor de ‘nadeelfactor’ aan de zijde van de schuldenaar; is het nadeel er niet, dan verliest de koper – kort gezegd – ook bij een (te) late klacht zijn aanspraken niet. De facto lijkt het belang van die regeling dan naar de zijde van de koper te zijn verplaatst.⁵⁸ Deze regel wordt in latere – maar in aantal beperkte – uitspraken in de (lagere) rechtspraak bij handelskoop nog niet zichtbaar toegepast. Die rechtspraak laat een beeld zien waarbij de koper de termijn van art. 7:23 BW goed moet bewaken en waar de termijnen in tijdsduur als ‘strak’ kunnen worden gekenschetst. Een beeld dat ook zichtbaar is in de uitspraken van Nederlandse rechters ten aanzien van art. 38 en 39 van het Weens Koopverdrag. Daar valt alleen op dat de legitimatie van

¹⁷ januari 2005 dat de citroenen niet van topkwaliteit waren Caminito daarvan aanzienlijker eerder dan op 29 januari 2005 in kennis zou stellen.’

⁵⁶ Tenzij anders tussen partijen is overgekomen.

⁵⁷ Zie ook: HR 8-februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/479, m.nt. Jac. Hijma.

⁵⁸ De Hoge Raad lijkt hiermee, zoals ik het zie, min of meer te zijn terugkomen op de (consequenties) van de eis van voortvarendheid aan de zijde van de koper die nog in HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606, m.nt. Jac. Hijma (*Pouw/Visser*), r.o. 3.3.3, mede centraal leek te staan. Zie uitgebreider noot 23.

die strakke termijn – althans voor zover het art. 39 Weens Koopverdrag betreft – een andere is, namelijk de bewaking van het belang van de verkoper. Daar zit met name – zoals ik het zie – bij procedures voor de Nederlandse rechter dus het verschil.

Art. 7:23 biedt, bij het innemen van de juiste standpunten in de procedure, in potentie meer ruimte voor de koper dan een beroep op art. 38 en 39. Kortom, het uitsluiten van de bepalingen van het Weens Koopverdrag in een overeenkomst van internationale handelskoop, is voor wat betreft de klachtenregeling (in potentie) nadeliger voor de verkoper dan het niet uitsluiten daarvan en dient wat mij betreft mede daarom te worden afgeraden: er zit zoals hierboven aangegeven licht tussen de regelingen.

Fotografie en licht zijn nauw met elkaar verbonden. Ik begreep van Jaap Hijma dat het ‘vangen’ van het juiste licht voor hem als fotograaf een uitdaging is. Ik wens Jaap daarbij veel succes. Iets in mij vermoedt dat dit hem zeker gaat lukken.