

MONOGRAFIEËN BW

# A6b Rechtsverwerking en klachtplichten

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes & mr. H. Boom

*Vierde, herziene druk*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2020

# INHOUDSOPGAVE

## **Lijst van afkortingen / VII**

## **Lijst van verkort aangehaalde literatuur / IX**

### HOOFDSTUK 1

#### **Algemeen / 1**

- 1 Inleiding en historie / 1
- 2 Rechtsvergelijking / 2

### HOOFDSTUK 2

#### **Begrip en verhouding tot andere leerstukken / 9**

- 3 Begrip / 9
- 4 De wordingsgeschiedenis van rechtsverwerking gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid / 10
- 5 Begrenzing (algemeen) / 12
- 6 Verhouding tot afstand van recht / 12
- 7 Verhouding tot uitleg / 13
- 8 Verhouding tot de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid / 14
- 9 Verhouding tot misbruik van bevoegdheid / 15
- 10 Verhouding tot verjaring en verval / 16

### HOOFDSTUK 3

#### **Rechtsverwerking buiten het algemene vermogensrecht / 21**

- 11 Algemeen / 21
- 12 Burgerlijk procesrecht / 21
- 13 Personen- en familierecht / 24
- 14 Intellectuele-eigendomsrecht / 25
- 15 Faillissementsrecht / 27
- 16 Bestuursrecht / 27
- 16a Aanbestedingsrecht / 29

### HOOFDSTUK 4

#### **Grondslag en vereisten / 31**

- 17 Grondslag: beperkende werking redelijkheid en billijkheid / 31
- 18 Vereisten (algemeen) / 32

- 19 Gedraging rechthebbende / 35
- 20 Gedragingen schuldenaar / 36
- 21 Gerechvaardigd vertrouwen wederpartij / 37
- 22 Onredelijke benadeling positie wederpartij / 40
- 23 De ontwikkelingen van nadeel als vereiste / 45
- 24 Verwerking van dwingend recht / 46
- 25 Contractuele en wettelijke rechtsverwerking / 49

## HOOFDSTUK 5

### **Rechtsgevolgen / 51**

- 26 Rechtsgevolgen / 51
- 27 Rechtsverwerking bij voorbaat / 54

## HOOFDSTUK 6

### **Processuele aspecten / 57**

- 28 Stelplicht en bewijslast / 57
- 29 Toetsing in cassatie / 58

## HOOFDSTUK 7

### **Klachtplicht bij ondeugdelijke nakoming (art. 6:89 BW/art. 7:23 BW) / 61**

- 30 Wettelijke regeling en toepassingsbereik / 61
- 31 Ratio / 66
- 32 Rechtsverwerking? Vervaltermijn? / 68
- 33 Contractuele afwijkingen van art. 7:23 en 6:89 BW / 71
- 34 Begintijdstip klachttermijn / 77
- 35 Begintijdstip klachttermijn bij consumenten / 77
- 36 Begintijdstip klachttermijn bij niet-consumenten: onderzoeksplicht / 81
- 37 Lengte van de klachttermijn / 89
- 38 Wijze van kennisgeving / 92
- 39 Sanctie op het niet-voldoen aan de klachtplicht; reikwijdte klachtplicht / 93
- 40 Koop: verjaring na voldoening aan de klachtplicht (art. 7:23 lid 2 BW) / 100
- 41 Vervolg; uitzonderingen op de verjaringstermijn (art. 7:23 leden 2 en 3 BW) / 102
- 42 Stelplicht en bewijslast / 103
- 43 De klachtplicht in de CISG (Weens Koopverdrag) / 106
- 44 De klachtplicht in het Gekr en de DCFR (Draft Common Frame of Reference) / 109

### **Trefwoordenregister / 111**

### **Artikelenregister / 115**

### **Jurisprudentieregister / 119**

### **Monografieën BW / 129**

## HOOFDSTUK 1

# Algemeen

### 1 Inleiding en historie

“Rechte gehören zu den Dingen, die wie das Obst das lange Liegen nicht vertragen”, schreef Von Jhering met een knipoog in zijn *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (oorspronkelijk 1884, Darmstadt, 1964, p. 154).

Rechtsverwerking is naar Nederlands vermogensrecht sinds de jaren zestig van de twintigste eeuw het domein van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Rechtsverwerking is het in voorkomende gevallen ‘verliezen’ of ‘vervallen’ van een recht of bevoegdheid (hierna tezamen te noemen: recht), omdat het invoeren van dat recht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is gelet op het daarmee tegenstrijdige gedrag van de rechthebbende.

Rechtsverwerking kent een breder toepassingsgebied dan het vermogensrecht: rechtsverwerking komt bijvoorbeeld ook voor in het burgerlijk procesrecht, het personen- en familierecht en het bestuursrecht. De grondslag van rechtsverwerking buiten het vermogensrecht kan niet altijd worden gevonden in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, omdat dit begrippenpaar niet alle rechtsrelaties beheerst.

In deze monografie ligt het accent op rechtsverwerking in het verbintenissenrecht. De belangrijke categorie van verwerking van rechten wegens wanprestatie is sinds de inwerkingtreding van het huidige Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992 het domein van bijzondere wetsbepalingen (vooral art. 6:89 BW en, met betrekking tot koop, art. 7:23 BW). De afgelopen twintig jaar hebben debiteuren/verkopers de weg naar die artikelen weten te vinden om vorderingen van crediteuren/kopers wegens wanprestatie af te weren. In eerste instantie hebben rechters deze verweren ruimhartig gehonoreerd. Sinds ruim tien jaar is een tegenbeweging waar te nemen om de scherpe kantjes van deze wettelijke klachtplichtregelingen af te slijpen vanwege hun draconische gevolgen (het verlies van alle vorderingen en verweren gegrond op een ondeugdelijke prestatie). In HR 8 februari 2013, *NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank)* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat enkel (lang) tijdsverloop niet voldoende is voor het aanvaarden van schending van de klachtplicht maar dat daarbij in het bijzonder de aanwezigheid van concreet nadeel voor de debiteur (verkooper) als gevolg van het tijdsverloop tussen ontdekking van de tekortkoming en de klacht van belang is.

De toepassing van die bijzondere wettelijke rechtsverwerkingsbepalingen is, anders dan rechtsverwerking gebaseerd op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid,

niet onderworpen aan een terughoudende toetsing en niet beperkt tot 'uitzonderlijke omstandigheden' (zie nr. [3]), zodat op het terrein van het contractenrecht die wettelijke bepalingen het algemene rechtsverwerkingsleerstuk gebaseerd op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid flink in belang hebben doen afnemen. Sinds de opmars van de algemene klachtplichten bij, in het bijzonder, gebrekkige obligatoire prestaties (art. 6:89 BW) en non-conformiteit bij koop (art. 7:23 BW) is waar te nemen dat er veel minder rechterlijke uitspraken worden gewezen over het algemene leerstuk van rechtsverwerking.

Rechtsverwerking kent een lange historie. Het beginsel dat men geen standpunt mag innemen in strijd met een eerder ingenomen houding (*venire contra factum proprium nemini conceditur*) belichaamt een vroege vorm van rechtsverwerking. Dit beginsel was niet expliciet bekend in het Romeinse recht. De eerste grondige uiteenzettingen vinden we in de *Brocardia* (X) die aan Azo (ongeveer 1150-1220) wordt toegeschreven en bij diens leerling Accursius (1182-1263) in zijn *Glossa Ordinaria* op de *Digesten*.

Zie hierover uitvoerig: Riezler, *Venire contra factum proprium*, Leipzig 1912, p. 1-55. Zie ook E.J.H. Schrage, 'Rechtsverwerking en gerechtvaardigd vertrouwen', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2006, p. 78-80.

Als oudste Nederlandse uitspraak over rechtsverwerking, gewezen onder het BW van 1838, wordt Hof Zuid-Holland 21 februari 1870, W. 3212 genoemd.

Het Burgerlijk Wetboek van 1838, dat gold tot 1 januari 1992, kende bij de koop van specieszaken de regeling van de verborgen gebreken (art. 1547 oud BW). Deze regeling hield een korte klachttermijn in (door de rechtspraak op ongeveer 6 weken gesteld) vanaf het moment dat de koper het gebrek ontdekte of redelijkerwijs had kunnen ontdekken. Indien de koper daaraan niet voldeed, verloor hij zijn rechten wegens wanprestatie.

De verborgen gebrekenregeling, die er aanvankelijk toe strekte de koper een bijzondere bescherming te geven, beantwoordde als gevolg van latere ontwikkelingen niet meer aan die strekking. De reikwijdte van de verborgen gebrekenregeling is om die reden onder het oude BW zo veel mogelijk ingeperkt (zie HR 3 april 1970, *NJ* 1970/252 (*Van Anandel/CP Fabrieken*) en HR 21 december 1990, *NJ* 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*)). Door toepassing van het leerstuk van de rechtsverwerking werd eenzelfde resultaat bereikt bij soortkoop. Door ontijdige reclame wekte de koper bij de verkoper het vertrouwen, dat de geleverde zaak deugdelijk was. Zie: P. Scholten, 'Onvoldoende levering en verborgen gebrek', *WPNR* 2004 (1908); A.J. Verstege, 'Ondeugdelijke levering bij den soortkoop', *RM* 1923, p. 176 e.v.; Büchenbacher, diss. 1928, p. 72 e.v.; dezelfde, *Adv.bl.* 1930, p. 103 e.v.; C. Weststrate, 'Rechtsverwerking', *RM* 1930, p. 452 e.v. en Houwing, *preadvies* 1968, p. 50 e.v. In het huidige BW is de verborgen gebrekenregeling verdwenen. Levering van een zaak die niet aan de overeenkomst beantwoordt, levert een tekortkoming op, ter zake waarvan in beginsel de algemene regels van niet-nakoming gelden (afd. 6.1.8, zie verder afd. 7.1.3). Bij gebreken geldt de klachtplicht van art. 7:23 of 6:89 BW, die tot voor kort eveneens niet kopers/crediteurenvriendelijk werden geïnterpreteerd, maar ten aanzien waarvan nu een tegenbeweging valt waar te nemen.

## 2 Rechtsvergelijking

Dat een rechthebbende zijn rechten kan verliezen als hij zich heeft gedragen op een manier die niet verenigbaar is met het uitoefenen van die rechten, is algemeen erkend in andere rechtsstelsels. De juridische grondslag daarvoor wisselt. In 'civil law'-landen was de oorspronkelijke rechtsgrond stilzwijgende afstand van recht of misbruik van recht. In

landen waar de beperkende werking van de goede trouw niet direct en volmondig wordt erkend, zoals in Frankrijk en België, vormen die leerstukken nog steeds de basis van rechtsverwerking. In landen waar de beperkende werking van de goede trouw wel wordt erkend, zoals in Duitsland en Nederland, wordt dit als grond voor rechtsverwerking benut. In 'common law'-landen worden vormen van 'estoppel' gebruikt om rechtsverwerkings-achtige figuren op te baseren.

Zie over de klachtplicht in rechtsvergelijkend perspectief: C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law*, diss. Utrecht, 2004; J.G.H. Meijerink, 'De klachtplicht in Europees perspectief', *NTBR* 2010, p. 16 e.v. en J. Ermers, *Estoppel vanuit civil law perspectief*, diss. Heerlen, 2014.

In *het Belgische recht* werd sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw, onder invloed van vooral de Vlaamse rechtsliteratuur, het leerstuk van de rechtsverwerking direct gebaseerd op de beperkende werking van de goede trouw (art. 1134 lid 3 Belg. BW). In Arr. Cass. 17 mei 1990 (RW 1990-1991, 1085) heeft het Hof van Cassatie evenwel een einde gemaakt aan rechtsverwerking als rechtsbeginsel enkel gegrond op de beperkende werking van de goede trouw.

Het Hof van Cassatie oordeelde: "Il n'existe pas de principe général du droit selon lequel un droit subjectif se trouve éteint ou en tout cas ne peut plus être invoqué lorsque son titulaire a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit, trompant ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers." Verder oordeelt het Hof dat art. 1134 Belg. BW (goede trouw) niet wordt geschonden zolang een partij 'fait usage du droit qu'elle trouve dans la convention légalement formée, sans qu'il soit établi qu'elle en a abusé'.

Dit is sindsdien vaste rechtspraak, zie de rechtspraak genoemd in L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Groningen/Antwerpen: Intersentia, 2000, nr. 737 en W. van Gerven en S. Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven/Leusden: Acco, 2000, p. 39-40 en 58-59.

In België kan rechtsverwerking alleen worden aangenomen via de band van misbruik van recht. Hierbij merk ik op, dat de beperkende werking van de goede trouw in België alleen wordt aanvaard indien er sprake is van *misbruik van recht*.

Vaste rechtspraak sinds Arr. Cass. 19 september 1983, RW 1983-1984, 1480, zie onder meer Arr. Cass. 21 januari 1999, nr. C95-379N (zie [www.juridat.be](http://www.juridat.be)).

In een enkel geval kan ook de stilzwijgende afstand van recht diensten bewijzen, met dien verstande dat naar Belgisch recht van afstand van recht eerst kan worden gesproken als de omstandigheden ondubbelzinnig daarop wijzen.

Zie F. Coryn, *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht* 2003, p. 598 e.v.

Bij de uitleg van wetgeving gebaseerd op Benelux-verdragen is het verschil tussen het Belgische en Nederlandse recht ten aanzien van de beperkende werking van de goede trouw merkbaar. Zo gooit BenGH 18 november 1988, NJ 1989/299 (*Philip Morris/BAT*) zijn oordeel in deze Benelux Merkenwet-zaak niet over de boeg van rechtsverwerking, maar over die van misbruik van bevoegdheid, dat in beide landen een erkende rechtsfiguur is.

Wat betreft koop is voor consumentenkoop, ter implementatie van de Europese richtlijn garanties, een klachtplichtregeling opgenomen in art. 1649 quater par. 2 Wet consumentenkoop,

die wezenlijk afwijkt van het Nederlandse art. 7:23 BW. De klachtplicht is naar Belgisch recht enkel optioneel: verkoper en consument kunnen een klachtplichttermijn overeenkomen, die niet korter mag zijn dan twee maanden na constatering van het gebrek. De sanctie op het niet-voldoen aan de klachtplicht is niet het verval van alle rechtsvorderingen en verweren van de consument, maar dat de koper is gehouden de dientengevolge door de verkoper geleden schade te vergoeden (zie Parl. St. Senaat 2003-2004, nr. 3-722/3, p. 15.). De rechtsvordering van de consument verjaart in beginsel een jaar na ontdekking van het gebrek, maar deze termijn verstrijkt niet voor het einde van de tweejarige aansprakelijkheidstermijn na levering.

In het *Franse recht* is rechtsverwerking nog geen algemeen bekend en erkend leerstuk.

Zie de verkennende bijdragen in M. Behar-Touchais (red.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Études Juridiques, Economica, Paris 2001.

In Cour de cassation (1re), 6 juli 2005, *Revue des contrats* 2006, p. 1279-1292, m.nt. B. Fauvarque-Cosson oordeelde de Cour de cassation een eiser 'irrecevable, en vertu de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage'. De desbetreffende eiser had, nadat hij negen jaar had meegewerkt aan een arbitrale procedure en daarin in het ongelijk was gesteld, vervolgens een procedure bij de overheidsrechter aanhangig gemaakt door te stellen dat het arbitraal beding niet geldig was. De genoemde annotator plaatst de uitspraak in de sleutel van het in de (internationale) arbitrage vaker toegepaste leerstuk van de 'estoppel'. Het Cour de cassation heeft nog een andere vorm van procedurele rechtsverwerking aanvaard. Het gaat om het innemen van innerlijk tegenstrijdige stellingen in een procedure die de wederpartij, kort gezegd, op een dwaalspoor zetten. Het Cour de cassation (2ième) vat in zijn arrest van 15 maart 2018, ECLI:FR:CCASS:2018:C200307 de toepassingsvereisten voor deze 'estoppel' samen: "la fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions." Evenals naar Belgisch recht werkt men in het Franse recht veelal met de stilzwijgende afstand van recht (la rénonciation tacite) en rechtsmisbruik (abus de droit).

Bij de toetsing van een ontbindende voorwaarde (la clause résolutoire) heeft de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 1134 lid 3 Code civil) voorzichtig haar intrede gedaan.

Cass., 1re civ, 31 januari 1995, D. 1995, 389: "une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier." Kwade trouw kan in de weg staan aan een beroep op een ontbindende voorwaarde, hetgeen is aangenomen in gevallen waarin de crediteur lang heeft getaald een beroep te doen op die clausule. Zie de rechtspraak genoemd in Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris 2017, nr. 3227. M. Behar-Touchais (*L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Études Juridiques, Economica, Paris, 2001, p. 89) ziet in die rechtspraak een toepassing van rechtsverwerking. Zij schrijft verder (p. 96): "Il apparaît donc que le principe de bonne foi peut opportunément fonder l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (...)".

In het *Duitse recht* is rechtsverwerking (Verwirkung) reeds lang (sinds de Eerste Wereldoorlog) een erkend leerstuk.

Met name de monografie van Riezler over 'venire contra factum proprium' uit 1912 heeft eraan bijgedragen dat rechtsverwerking, als species van dat beginsel, in Duitsland al vroeg een erkende rechtsfiguur is geworden. Het verbod van 'venire contra factum proprium'

is naar Duits recht overigens – anders dan in het Nederlandse recht, waar het meer als deelverzameling van rechtsverwerking wordt gezien – een erkend leerstuk (vgl. o.a. Dette, *Venire contra factum proprium nulli conceditur*, 1985 en Soergel/Teichmann, BGB, § 242, nr. 341). Een bijzondere vermelding verdient het wetenschappelijke werk van de Zwitser K. Spiro, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Band II, *Andere Befristungen und Rechte*, Bern 1975 (met veel literatuurverwijzingen).

Rechtsverwerking is in Duitsland gegrond op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (Treu und Glauben – § 242 BGB). Rechtsverwerking kan daarom toepassing vinden binnen het gehele privaatrecht (zie BGH 12 december 2014, V ZR 36/14, nr. 11). Alleen subjectieve rechten kunnen naar Duits recht worden verwerkt, zodat zakelijke rechten op zich niet verwerkt kunnen worden, maar wel de daaruit voortvloeiende aanspraken (zie BGH 21 oktober 2005, V ZR 169/04, nr. 10).

In vaste rechtspraak van het Bundesgerichtshof wordt 'Verwirkung' van een recht als volgt gedefinieerd (zie BGH 16 oktober 2018, XI ZR 69/18, nr. 12):

"Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Zeit- und Umstandsmoment können nicht voneinander unabhängig betrachtet werden, sondern stehen in einer Wechselwirkung. Je länger der Inhaber des Rechts untätig bleibt, desto mehr wird der Gegner in seinem Vertrauen schutzwürdig, das Recht werde nicht mehr ausgeübt werden. Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen."

Van rechtsverwerking naar Duits recht is sprake als door enig tijdsverloop (Zeitmoment) en door het nalaten van de crediteur ontstane bijzondere omstandigheden van het geval, de wederpartij het objectieve gerechtvaardigde vertrouwen mag hebben dat de crediteur geen aanspraak meer maakt op zijn recht en de wederpartij op grond daarvan heeft gehandeld (Umstandsmoment). Enkel tijdsverloop is niet voldoende om rechtsverwerking aan te nemen. Vereist is ook dat de debiteur op grond van zijn vertrouwen op het nalaten van de crediteur heeft gehandeld. Kennis van het recht bij de rechthebbende is (anders dan bij afstand van recht – Verzicht) niet vereist.

Het rechtsgevolg van Verwirkung is dat een aanspraak teniet wordt gedaan en moet daarom ambtshalve door de rechter worden beoordeeld, waarbij de debiteur de bewijslast draagt van omstandigheden die leiden tot rechtsverwerking.

Zie Palandt-Grüneberg, BGB, 2019, par. 242, rdnr. 93-95. Hoe korter de verjaringstermijnen, des te minder ruimte er is voor rechtsverwerking. Waar de verjaring in het sinds 1 januari 2002 geldende Duitse Burgerlijk Wetboek is verkort tot drie jaar (par. 195 BGB) is er nauwelijks ruimte om rechtsverwerking aan te nemen. Zie Palandt-Grüneberg, BGB, 2019, par. 242, rdnr. 92.

In geval van een handelskoop (een koopovereenkomst waarbij beide partijen hebben gehandeld in de uitoefening van een bedrijf), geldt ingevolge par. 377 lid 1 Handelsgesetzbuch (HGB) dat de koper de zaken onmiddellijk na de aflevering door de verkoper moet onderzoeken op de gebruikelijke wijze (Untersuchungspflicht) en, als een gebrek aan het licht treedt, de verkoper daarvan onmiddellijk (unverzüglich) op de hoogte moet stellen (Rügepflicht). Indien de koper dit nalaat, dan gelden de waren als aanvaard, tenzij zij bij het onderzoek niet kenbaar waren (par. 377 lid 2 HGB). Bij latere ontdekking van de gebreken moet de koper



die wederom onmiddellijk melden aan de verkoper (par. 377 lid 3 HGB). Ook hier geldt de uitzondering dat de verkoper zich niet op schending van de klachtplicht mag beroepen indien hij de gebreken opzettelijk heeft verzwegen (par. 377 lid 5 HGB).

De Duitse wetgever heeft er ten aanzien van de implementatie van de Richtlijn garanties voor gekozen geen klachtplicht (Rügepflicht) bij consumentenkoop op te nemen. In Duitsland geldt wel een verjaringstermijn van twee jaren na aflevering (par. 438 lid 1 onder 3 BGB) en dus niet, zoals in Nederland op grond van art. 7:23 lid 2 BW, twee jaar nadat de koper de verkoper op de hoogte heeft gesteld van het gebrek.

In het *Engelse recht* is het leerstuk van de rechtsverwerking te herkennen in bepaalde vormen en uitwerkingen van estoppel. Estoppel houdt in dat een partij wordt 'gestopt' in het ontkennen van het bestaan van een bepaalde feitelijke (estoppel by conduct) of juridische situatie (equitable estoppel) in verband met zijn eigen gedrag (uitlatingen, doen, nalaten). Er zijn zeer veel varianten van estoppel.

Wij laten Lord Denning aan het woord, die een en ander ook voor niet-common lawyers helder heeft uiteengezet in *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands* [1980] QB 283 at 316-317:

"The word 'estopped' only means stopped. (...) It was brought over by the Normans. They used the old French 'estoupail'. That meant a bung or cork by which you stopped something from coming out. It was in common use in our courts when they carried on all their proceedings in Norman-French. (...) From that simple origin there has been built up over the centuries in our law a big house with many rooms. It is the house called Estoppel. In Coke's time it was a small house with only three rooms, namely estoppel by matter of record, by matter in writing, and by matter in pais. But by our time we have so many rooms that we are apt to get confused by them. Estoppel per rem judicatam, issue estoppel, estoppel by deed, estoppel by representation, estoppel by conduct, estoppel by acquiescence, estoppel by election or waiver, estoppel by negligence, promissory estoppel, proprietary estoppel, and goodness knows what else. These several rooms have this much in common: They are all under one roof. Someone is stopped from saying something or other, or doing something or other, or contesting something or other. But each room is used differently from the others. If you go into one room, you will find a notice saying, 'Estoppel is only a rule of evidence'. If you go into another room you will find a different notice, 'Estoppel can give rise to cause of action'. Each room has its own separate notices. It is a mistake to suppose that what you find in one room, you will also find in the others."

De estoppel by record of estoppel per rem judicatam komt overeen met ons gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak. Een estoppel by deed heeft tot gevolg dat een partij niet kan terugkomen op een erkenning van een feit in een akte (deed). Estoppel by convention houdt in dat wanneer partijen handelen op basis van een beweerd feit of recht, en die veronderstelling gezamenlijk is (common assumption) althans is gedaan door de ene partij waarop de ander niet heeft gereageerd, beide partijen 'estopped' zijn dat feit of recht te ontkennen als het onredelijk (unjust) zou zijn om daarop terug te komen. In geval van estoppel by representation gaat het om een ondubbelzinnige mededeling die de ene partij aan de ander heeft gedaan (een representation), waarop de wederpartij in vertrouwen te harer nadeel heeft gehandeld. In dat geval is de ene partij 'estopped' om de inhoud van haar mededeling te ontkennen als een ander oordeel onredelijk (inequitable) is. De estoppel by representation kent varianten als proprietary estoppel (een toezegging met betrekking tot – veelal koop of huur van – onroerend goed) en promissory estoppel (waar een partij die een belofte heeft gedaan zich niet mag terugtrekken met de stelling dat tegenover de belofte geen tegenprestatie ('consideration') is gesteld, hetgeen naar Engels recht met zich brengt dat

die enkele belofte niet bindend is). Ik verwijs kort naar J. Cartwright, *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, vol. 10.3, *Electronic Journal of Comparative Law*, december 2006 ([www.ejcl.org](http://www.ejcl.org)); Anson's *Law of Contract*, 29e druk door J. Beatson, A. Burrows en J. Cartwright, Oxford 2016, H. 4.2 (p. 122 e.v.).

In *Amalgamated v Texas Commerce International Bank* [1982] 1 QB 84 at 120 heeft Lord Denning een dapper voorstel gedaan om een gemeenschappelijke grondslag van estoppel aan te nemen:

“When the parties to a transaction proceed on the basis of an underlying assumption – either of fact or of law – whether due to misrepresentation or mistake makes no difference – on which they have concluded the dealings between them – neither of them will be allowed to go back on that assumption when it would be unfair or unjust to allow him to do so. If one of them does seek to go back on it, the courts will give the other such remedy as the equity of the case demands.”

De poging van Lord Denning om een algemeen leerstuk van estoppel te ontwikkelen, waaronder alle vormen van estoppel zouden kunnen worden begrepen, heeft in Engeland (nog) geen navolging gekregen.

Zie Lord Goff of Chieveley in *Johnson v. Gore Wood & Co* [2000] UKHL 65; [2001] 1 All ER 481.

## HOOFDSTUK 2

# Begrip en verhouding tot andere leerstukken

### 3 Begrip

Van rechtsverwerking gebaseerd op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is volgens de Hoge Raad sprake 'indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken recht'.

De zojuist geciteerde definitie heeft de Hoge Raad gegeven in (onder meer) HR 7 juni 1991, NJ 1991/708 (*Bankmanager*); HR 16 april 1993, NJ 1993/367 (*Amaya/Aruba Hotel*) en HR 24 april 1998, NJ 1998/621 (*W/P*).

Rechtsverwerking is derhalve gebaseerd op tegenstrijdig gedrag van de rechthebbende; het aloude 'venire contra factum proprium' is niet losgelaten. Het recht eist dat mensen zich consequent gedragen.

De geciteerde definitie van de Hoge Raad van rechtsverwerking maakt duidelijk dat rechtsverwerking een toepassing is van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW) moet terughoudend worden toegepast. Zie nr. [17]. Het invoeren van – voor zover hier van belang – een recht moet in de gegeven omstandigheden 'onaanvaardbaar' zijn. In HR 20 mei 2005, RvdW 2005/75 (*B/Zee*) (onder 5) heeft de Hoge Raad die mogelijke onduidelijkheid verhelderd: "In aanmerking genomen dat een beroep op rechtsverwerking neerkomt op een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, kan zodanig beroep slechts in uitzonderlijke omstandigheden gegrond worden geoordeeld."

Voor de nadere eisen die in de rechtspraak gesteld worden aan een geslaagd beroep op rechtsverwerking verwijs ik naar nr. [18].

Het leerstuk van de rechtsverwerking in zijn algemeenheid heeft in het Burgerlijk Wetboek geen eigen wetsartikel gekregen.

Houwing betreurt dit (Verslag Alg. Verg. Cand.-Not., bijlage WPNR 5021 (1968), p. P en Q, maar geeft wel toe (p. P): "Ik geloof niet dat we ooit een erg bruikbare en rechtszekerheid gevende Wet op de rechtsverwerking zouden kunnen krijgen." Bij de codificatie van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) is er door de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer op gewezen dat het leerstuk van de rechtsverwerking evenveel aanspraak op vermelding in het Burgerlijk Wetboek kan maken als misbruik van bevoegdheid (VV II, *Parl. Gesch. BW Inv.*

3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1041). De minister (MvA II, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990*, p. 1045) zag daar geen brood in, 'omdat het niet wel doenlijk is te dien aanzien algemene regels te geven, nog afgezien er van of men hier wel een apart leerstuk moet erkennen'. Met het eerste bezwaar kan ik meegaan, daarentegen niet met het tweede: rechtsverwerking is zeker een apart leerstuk te noemen, zoals hierna zal blijken. In latere parlementaire stukken wordt rechtsverwerking wel als leerstuk erkend (vgl. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 671).

Toepassingen van rechtsverwerking zijn in het Burgerlijk Wetboek gecodificeerd, bijvoorbeeld de verwerking van het recht acties in te stellen wegens een ondeugdelijke prestatie in het algemeen (art. 6:89 BW) en ter zake van een gekochte zaak (art. 7:23 BW). Uit de overvloedige rechtspraak over de toepassing van die artikelen valt af te leiden dat de rechtspraak zich de afgelopen jaren bewust is van die rechtsverwerkingsbepalingen, zodat een beroep op rechtsverwerking gegrond op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het algemeen is afgenomen ten gunste van rechtsverwerking gebaseerd op die specifieke wetsbepalingen. Sinds kort (culminerend in HR 8 februari 2013, *NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank)*) zijn de wettelijke klachtplichten weer naar het leerstuk van de rechtsverwerking toegegroeid. Voor een beroep op schending van de wettelijke klachtplicht oordeelt de Hoge Raad enkel tijdsverloop onvoldoende maar zijn bijkomende omstandigheden vereist, waarbij groot gewicht toekomt aan het antwoord op de vraag of de debiteur (verkoper) concreet nadeel lijdt door het tijdsverloop tussen het moment waarop de tekortkoming is ontdekt of ontdekt had kunnen worden en het moment waarop is geprotesteerd. Zie over art. 6:89 en 7:23 BW hoofdstuk 7.

Tot slot van deze paragraaf roeren wij kort een terminologische kwestie aan: de partij die krijgt tegengeworpen dat haar rechtsuitoefening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, wordt in deze monografie ook wel aangeduid als *rechthebbende* of *gerechtigde* (ook al is er geen sprake van een vorderingsrecht of is zij de debiteur); degene die rechtsverwerking aanvoert, wordt *wederpartij* genoemd.

#### 4 De wordingsgeschiedenis van rechtsverwerking gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid

De juridische grondslag van rechtsverwerking in het verbintenissenrecht vertoonde onder de werking van het vóór 1 januari 1992 geldende BW een wisselend karakter. In oudere rechtspraak (met name waar het rechten uit wanprestatie betrof) werd rechtsverwerking meestal geconstrueerd als een stilzwijgende afstand van recht, althans een gerechtvaardigd vertrouwen van de debiteur te dien aanzien.

Vgl. HR 8 december 1927, *NJ 1928/336 (Kerstholt/Rasker)* en de vele jurisprudentie genoemd bij Houwing, preadvies 1968, p. 2 en 3. Sterker nog: rechtsverwerking moest gebaseerd worden op afstand van recht (vgl. HR 24 januari 1929, *NJ 1929/457 (Weinberger/Metall- und Kabelwerke)*, en de jurisprudentie genoemd door Houwing in zijn noot bij HR 28 april 1950, *NJ 1950/781 (De Boer/NBI)*). Telkens besliste de Hoge Raad, dat als de feitelijke rechter de wil om afstand te doen had aangenomen (al dan niet met de formule dat de rechthebbende 'geacht moet worden' afstand te hebben gedaan), dit oordeel zijnde van feitelijke aard niet in cassatie ten toets kon komen (vgl. *Contractenrecht IV*, Valk, nr. 342). Afstand van recht werd zelfs aangenomen in gevallen dat de gerechtigde zijn recht uitdrukkelijk had voorbehouden (vgl. HR 8 juni 1923, *NJ 1923/952 (Ruyter/De Hoop)*; en HR 4 december 1924, *NJ 1925/274 (Benes/Taschl)*). Dergelijke oordelen kunnen eigenlijk niet op de wil van de rechthebbende

gebaseerd worden, omdat duidelijk blijkt dat diens wil om afstand te doen ontbreekt. Van een gerechtvaardigd vertrouwen kan evenmin sprake zijn. Zie nader: Houwing, preadvies 1968, p. 12 en 13, Aaftink, *preadvies* 1980, p. 794 en Pitlo/Cahen, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* Deel 4 2002, nr. 258.

De rechtspraak waarin rechtsverwerking werd gezien als een stilzwijgende afstand van recht heeft in de literatuur vanaf de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw stevige kritiek ondervonden.

Zie o.a. A.J. Versteegen, 'Ondeugdelijke levering bij den soortkoop', *RM* 1923, p. 124; Van Oven, *NJB* 1926, p. 357; Schadee, *WPNR* 2977 (1927); Büchenbacher, diss. 1928, p. 76 e.v.; C. Weststrate, 'Rechtsverwerking', *RM* 1930, p. 455; Van Wien, *RM* 1937, p. 499; Eggens, *WPNR* 3506 (1937); W.C.J. van Leeuwen, *Verwerking van recht op het overeengekomene*, diss. Amsterdam (UvA), 1950, p. 83; Van Schelven, *AA* 1951-1952, p. 125 en Houwing, preadvies 1968, p. 2-21. Bekend is vooral het opstel van E.M. Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring* uit 1937 (VPO III, 1955, p. 277 e.v.). Meijers – met zijn hekel aan ficties (zie het lot van de fiduciaire eigendomsoverdracht en de eigendom ten titel van beheer – art. 3:84 lid 3 BW) – spreekt zich hierin uit voor de beperkende werking van de goede trouw als basis voor rechtsverwerking. In de woorden van Meijers: "De andere (d.w.z. de stilzwijgende wilsverklaring – RJT en HB) is niets anders dan een doorzichtige fictie, waarachter geen andere realiteit dan de billijkheid zich bevindt." (VPO III, p. 296).

In een aantal, voor die tijd zeer moderne, uitspraken uit de jaren twintig en dertig van de twintigste eeuw is rechtsverwerking rechtstreeks op de beperkende werking van de goede trouw gebaseerd (art. 1374 lid 3 oud BW).

Zie o.a. HR 2 november 1922, *NJ* 1923/90 (*Verwayen/ENAM*); HR 14 november 1924, *NJ* 1925/91 (*Bontmantel I*); HR 10 november 1927, *NJ* 1928/251 (*Almelo/Vermeulen*) en HR 15 juni 1928, *NJ* 1928/1626 (*Van Kuyk c.s. q.q./Vis*). Dit is bijzonder, gezien de vaste jurisprudentie uit die tijd dat hetgeen partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen niet door de goede trouw (art. 1374 lid 3 oud BW) terzijde mocht worden gesteld of worden gewijzigd. Zie de arresten over *imprévisions*: HR 8 januari 1926, *NJ* 1926/203 (*Stork/HKM*); HR 19 maart 1926, *NJ* 1926/441 (*Holland/Tattersll*) en HR 2 januari 1931, *NJ* 1931/274 (*Muller/Van Heerdt*). Het leerstuk van de rechtsverwerking lijkt een uitzondering te zijn op deze jurisprudentie. Hoe dit te verklaren? Wellicht kan gezegd worden dat de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen enerzijds het terzijde stellen of wijzigen van een overeenkomst op grond van de eisen van de goede trouw, hetgeen niet geoorloofd was, en anderzijds het zich in een bijzonder geval niet meer kunnen beroepen op de overeenkomst zonder in strijd te handelen met de goede trouw. Zie voor mogelijke verklaringen voor deze leer: Meijers in zijn noot bij HR 10 november 1927, *NJ* 1928/251 (*Almelo/Vermeulen*) en C. Weststrate, 'Rechtsverwerking', *RM* 1930, p. 449-451.

Na deze ook voor de rechtsverwerking 'roaring twenties' volgde de rechtspraak weer het spoor van de stilzwijgende afstand van recht. In HR 14 november 1952, *NJ* 1953/135 (*Maaskant/De Oude*) maakte de Hoge Raad vervolgens duidelijk dat naast afstand van recht ook de beperkende werking van de goede trouw als grondslag voor rechtsverwerking gehanteerd kan worden.

In de literatuur wordt nogal eens opgemerkt dat dit de eerste keer is dat de Hoge Raad besliste dat rechtsverwerking op de beperkende werking van de goede trouw kan rusten, maar dan ziet men de jurisprudentie uit de jaren twintig en begin jaren dertig over het hoofd. Latere arresten bevestigen deze dubbele grondslag (vgl. HR 2 november 1956, *NJ* 1957/124 (*Blom/Woudenberg*), zie verder Houwing, preadvies 1968, p. 27-31; Pitlo/Cahen, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* Deel 4 2002, nr. 258; Dijkstra, *AA* 1985, p. 311 en *Contractenrecht IV*, Valk,