

RECHTSVERWERKING EN AFSTAND VAN RECHT

door

H.A.M. Aaftink

Wetenschappelijk hoofdmedewerker aan de Rijks Universiteit te Utrecht
Rechter plaatsvervanger aan de Arrondissementsrechtbank te Utrecht

I. INLEIDING

Het komt veel voor dat in een procedure een van de partijen stelt dat de vordering of het verweer van de ander niet gehonoreerd dient te worden omdat dit standpunt van de wederpartij in strijd is met zijn voorafgaande houding. Een verzekeringsmaatschappij bijvoorbeeld die bepaalde uitkeringen heeft gedaan wegens arbeidsongeschiktheid van de bij haar verzekerde en die deze bedragen terugvordert omdat in werkelijkheid geen sprake is geweest van arbeidsongeschiktheid, krijgt o.a. tegengeworpen dat zij zelf is doorgestaan met de betalingen en bovendien de premie heeft geaccepteerd. Een debiteur die wordt aangesproken wegens ondeugdelijke levering voert aan dat de crediteur zijn bezwaren eerder kenbaar had moeten maken, in ieder geval voordat hij over de prestatie beschikte. Men stelt dan dat de tegenpartij zijn rechten heeft verwerkt.

Het is veelal niet eenvoudig te beoordelen of een dergelijk beroep op rechtsverwerking terecht wordt gedaan, temeer daar het begrip van tamelijk recente datum is en er nog weinig concrete richtlijnen bestaan die als uitgangspunt zouden kunnen worden genomen voor de beslissing. De Nederlandse wetgeving kent de rechtsverwerking als zodanig niet.

Hierna zal o.a. worden besproken: de grondslag van rechtsverwerking en de ontwikkeling daarvan; het begrip (stilzwijgende) afstand van recht; de verhouding van rechtsverwerking tot o.a. afstand van recht en misbruik van recht; omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de beoordeling of in een concreet geval tot rechtsverwerking moet worden besloten; gevolgen die aan rechtsverwerking verbonden kunnen zijn; de vraag of in het huidige Nederlandse recht en in het Ontwerp BW behoefte bestaat aan rechtsverwerking als afzonderlijke vorm van beperking van de uitoefening van een recht door de goede trouw. Aangezien dit preadvies op zeer korte termijn diende te worden geschreven zal soms met een enigszins summiere behandeling van deze onderwerpen moeten worden volstaan. Nu in 1968 van de hand van Ph. A.N. Houwing een veelomvattend

preadvies over rechtsverwerking is verschenen (1) zal het accent worden gelegd op rechtspraak en literatuur van de laatste tien jaar.

II. DE GRONDSLAG VAN RECHTSVERWERKING IN OUDERE RECHTSPRAAK

Rechtsverwerking is een beperking van een recht door de gedragingen van de rechthebbende zelf: een volledige uitoefening van zijn recht zou in strijd zijn met zijn eerder aangenomen houding. Een dergelijke omschrijving heeft weinig onderscheidende waarde als daaraan niet wordt toegevoegd welke de grondslag is van het (soms gedeeltelijke) verlies van het recht (2). In de rechtspraak werd rechtsverwerking aanvankelijk vrijwel altijd gebaseerd op een stilzwijgende afstand van recht, een op prijsgeven gerichte wil zoals deze uit het gedrag van de rechthebbende werd afgeleid. Veelal ging het om verwerking van het recht een vordering in te stellen op grond van wanprestatie. Deze rechtsverwerking was dan het gevolg van goedkeuring, aanvaarding van de prestatie. De Hoge Raad sprak uitdrukkelijk van afstand van recht in het arrest van 8 december 1927, (NJ 1928, 336 met noot E.M. Meijers). Nadat een koper van bepaalde woningen daarin na de levering gebreken had ontdekt, had hij ze niet ter beschikking van de verkoper gesteld. Het Hof was daarom van oordeel dat de koper de woningen met de gebreken had goedgekeurd. De HR overwoog dat goedkeuring óf een erkenning is dat de gebreken niet in strijd zijn met de eisen die op grond van het contract mogen worden gesteld, óf afstand van het recht zich op zodanige strijd te beroepen. Het Hof had geen van de in het middel genoemde wetsartikelen geschonden door de goedkeuring af te leiden uit het niet ter beschikking stellen van de woningen.

Een vergelijkbare beslissing gaf de HR in het arrest van 15 januari 1932, NJ 1932 - 380 (met noot van E.M. Meijers). De leden van een pensioenfonds hadden besloten de betaalde premie onderling te verdelen en de pensioenuitkeringen te beëindigen. Een van de deelnemers stelde zich later op het standpunt dat hij zijn recht op pensioen niet had willen prijsgeven. De HR overweegt dat de Rechtbank uit het feit dat in de gegeven omstandigheden kwijting was gegeven, had afgeleid dat het recht op pensioen was prijsgegeven. Door deze beslissing had de Rechtbank de inhoud van de stilzwijgende wilsverklaring van eiser vastgesteld, die was gebleken uit zijn houding terwijl hij van de liquidatie op de hoogte was,

(1) Preadvies voor de Broederschap der Candidaat Notarissen.

(2) Verg. BÜCHENBACHER, A., *Rechtsverwerking of het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde*; diss. 1928. Hij gaat uit van zo'n ruim begrip rechtsverwerking dat hij bijv. ook allerlei gevallen waarin de wet aan het gedrag van de rechthebbende tenietgaan van zijn recht vastknoopt daaronder brengt. Zie blz. 53 e.v.

waardoor aan zijn aanspraak op pensioen een einde werd gemaakt. In cassatie kon tegen deze vaststelling van de stilzwijgende wilsverklaring niet worden opgekomen. Voor andere arresten in deze zin verwijs ik naar het door Houwing gegeven overzicht(3).

III. HET BEGRIIP AFSTAND VAN RECHT

Omdat de HR rechtsverwerking destijds (en m.i. veelal ook nu, zoals hieronder(4) zal worden aangegeven) op afstand van recht baseerde is het van belang deze rechtshandeling nader te beschrijven. Afstand van recht is m.i. (5) een rechtshandeling die is gericht op het verlies van een recht door de rechthebbende, zonder tevens een overdracht te zijn van dit recht aan een ander. De rechthebbende brengt het recht buiten zijn vermogen. Dit kan tot gevolg hebben dat het tenietgaat, bijvoorbeeld bij de afstand van de eigendom van een roerend goed of van een recht van vruchtgebruik of hypotheek. Daarnaast is het mogelijk dat een ander het recht verkrijgt, niet omdat hij te kennen geeft dat hij dat wenst, maar omdat de wet dit rechtsgevolg aan de handeling verbindt. Een voorbeeld is in art. 103 Boek I BW te vinden. Elk van beide echtgenoten kan afstand doen van de gemeenschap van goederen. Het aandeel waarvan afstand wordt gedaan komt dan toe aan de ander, of deze het nu wil of niet. Afstand van recht moet daarom worden onderscheiden van levering. Voor een levering is de toestemming van de wederpartij vereist, maar niet bij een afstand van recht: bij deze rechtshandeling komt het recht aan hem ten goede onafhankelijk van een eventuele verklaring van zijn kant die op dit rechtsgevolg is gericht. Bovendien is het een uitzondering dat door een afstand van recht een ander het recht verkrijgt. Meestal is het gevolg van de afstand uitsluitend dat het recht buiten het vermogen wordt gebracht zonder dat een ander het verkrijgt. In dat geval is het verschil met levering zeer duidelijk. Van een recht kan afstand worden gedaan door een uitdrukkelijke wilsverklaring(6). Een recht kan echter ook worden prijsgegeven door gedragingen die niet in de eerste plaats op afstand zijn gericht. In het laatste geval overlapt afstand van recht (gedeeltelijk) rechtsverwerking. Als bijvoorbeeld de rechthebbende bij een wederpartij een gerechtvaardigd vertrouwen wekt dat hij zijn recht wil prijsgeven, dan kan het gevolg zijn

(3) Ph. HOUWING, A.N., *Rechtsverwerking; Preadvies voor de Broederschap der Candidaat Notarissen*, blz. 2 e.v.

(4) Zie par. VI.

(5) AAFINK, H.A.M., *Afstand van Vermogensrechten*, diss. Utrecht 1974; Op blz. 11 e.v. wordt daar uitvoeriger op deze materie ingegaan.

(6) Zie bijv. VERHEUL, J.P., *Over Rechtsverwerking*, Verdam-bundel, blz. 75.

dat het recht tenietgaat, ook al was de wil in werkelijkheid niet op prijsgeven gericht (verg. bijv. HR 10 februari 1967, NJ 1967 - 212, De Zaan-Intercoal). Dit is een vorm van afstand van recht, maar het is ook rechtsverwerking omdat het tenietgaan van het recht onafhankelijk is van de wil (en zelfs meestal tegen de wil in is). Dit in elkaar overvloeien van afstand van recht en rechtsverwerking maakt het mogelijk rechtsverwerking op afstand van recht te baseren zoals de HR deed in o.a. de in de vorige paragraaf vermelde rechtspraak.

IV. BEZWAREN TEGEN DEZE RECHTSPRAAK

Houwing (7) geeft duidelijk aan welke zwakke punten in deze rechtspraak aanwezig zijn. Deze constructie waarbij een stilzwijgende afstand van recht als grondslag werd beschouwd van rechtsverwerking is veelal een fictie. Zo werd bijvoorbeeld eens beslist dat een recht verwerkt was (door aanvaarding van de prestatie), terwijl de koper met zoveel woorden had verklaard dat hij zijn recht niet wilde prijsgeven (8). Weliswaar kan het oordeel dat de koper door de prestatie op een bepaalde wijze te gebruiken en te bewerken zijn recht verliest een vordering in te stellen tegen de verkoper juist zijn, maar een afstand van recht is in een dergelijk geval een van de minst sterke argumenten voor deze beslissing. Ook als men aanneemt dat de wil van de rechthebbende niet de (enige) grondslag is van afstand van recht, maar dat een recht veelal ook wordt prijsgegeven als bij een ander het gerechtvaardigd vertrouwen wordt gewekt dat de wil daarop is gericht (9) zijn tegen deze rechtspraak bezwaren aan te voeren. Bij een verkoper bijv. is in het algemeen geen gerechtvaardigd vertrouwen aanwezig dat de koper zijn rechten prijsgeeft om wegens ondeugdelijke levering te ageren, als deze enige tijd niets van zich laat horen. Niet reclameren schept op zichzelf nog geen vertrouwen in afstand van recht (10). Terecht merkt Houwing dan ook op dat de rechter waarschijnlijk bewust door deze constructie de werkelijkheid geweld aandeed, wat blijkt uit de veel gebruikte formulering dat de rechthebbende „geacht wordt” afstand te hebben gedaan (11). Ogenschijnlijk werd op deze wijze rechtsverwerking aangenomen op een in de wet vermelde grond, namelijk afstand van recht.

(7) *T.a.p.*, blz. 7 e.v.

(8) HR 8 juni 1923, NJ 1923-1952.

(9) Aaftink, H.A.M., t.a.p. blz. 92 e.v.

(10) Zie Houwing, t.a.p. blz. 16 e.v.

(11) Zie ook Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring*; *Verzamelde opstellen*, III, blz. 277 e.v.

Van Dunné heeft betoogd(12) dat deze bezwaren die Houwing tegen de genoemde rechtspraak heeft aangevoerd onjuist zijn. Z.i. mag de wil niet beschouwd worden als de grondslag van afstand van recht en van rechtshandelingen in het algemeen, evenmin als een bij een ander gewekt gerechtvaardigd vertrouwen. Hij gaat zelfs verder en stelt dat ook de HR deze grondslag in de onderhavige rechtspraak niet heeft aanvaard voor afstand van recht, zodat de HR rechtsverwerking terecht op een uit de omstandigheden afgeleide afstand baseerde. M.i. heeft hij in zoverre gelijk dat het werkelijke argument voor de rechter om in een concreet geval rechtsverwerking aan te nemen niet de op prijsgeven gerichte wil was. Dit onderstreept nu echter juist de bezwaren tegen deze rechtspraak. Deze beslissing werd genomen op andere gronden dan in de overwegingen werd vermeld(13). Voor de rechtsontwikkeling en voor de partijen in de procedure is dit onbevredigend.

V. DE GRONDSLAG VAN RECHTSVERWERKING IN RECENTE RECHTSPRAAK

Als keerpunt wordt veelal beschouwd het arrest van de HR van 14 november 1952, NJ 1953 - 135 (Maaskant-De Oude): rechtsverwerking kan behalve op afstand van recht berusten op de in art. 1374 BW genoemde goede trouw(14). Het is de vraag of de HR in dit arrest voor het eerst de weg via de goede trouw bewandelde. Bijv. de arresten HR 10 november 1927, NJ 1928 - 251 (noot E.M. Meijers) en HR 2 november 1922, NJ 1923 - 90 wijzen op het tegendeel. In elk geval is sinds het arrest van 1952 de goede trouw consequent als grondslag van rechtsverwerking genomen. Het arrest heeft ook meer algemene betekenis omdat hier aan de goede trouw beperkende werking verleend werd(15).

Latere arresten bevestigen deze grondslag van rechtsverwerking. Heel duidelijk is in dit opzicht HR 5 april 1968, NJ 1968 - 251 (noot G.J. Scholten) (Pekingendeen). Partijen waren met elkaar overeengekomen dat regelmatig eenden zouden worden geleverd die de afnemer vervolgens verwerkte. Als de kwaliteit niet aan de verwachtingen voldeed mocht de afnemer op de prijs korten en dit was in casu ook gebeurd. De HR overwoog dat het Hof geen rechtsregel had geschonden — in het bijzonder

(12) VAN DUNNÉ, J.M., *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, 1971, blz. 83 e.v.

(13) De HR sprak veelal met zoveel woorden van „wilsverklaring” die op prijsgeven was gericht, o.a. in de arresten gepubliceerd in NJ 1932 - 374 en 1932 - 380.

(14) Vergl. omtrent rechtsverwerking op basis van de goede trouw behalve de al genoemde literatuur: VAN LEEUWEN, W.C.J., *Verwerking van recht op het overeengekomene*, diss. Amsterdam 1950, in het bijz. blz. 114 e.v.; PRINS-BLEI WEISSMANN, Y.G., *T.P.R.*, 1977, blz. 89 e.v.

(15) Zie ABAS, P., *Beperkende werking van de goede trouw*, Diss. Amsterdam 1972, blz. 321 e.v. en Scholten-bundel, 1979, blz. 13 e.v.

niet de artt. 1374 en 1375 BW omtrent de goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst — door te beslissen dat de leverancier, voorzover hij zijn bezwaren tegen de kortingen niet tijdig had kenbaar gemaakt, naderhand niet te goeder trouw aanspraak kon maken op de gekorte bedragen. Dit arrest is niet slechts van belang omdat de goede trouw als richtsnoer wordt genomen, maar nog meer omdat het een belangrijk houvast biedt voor de beoordeling wanneer tot rechtsverwerking moet worden besloten. Een van de omstandigheden die dan zwaar kunnen wegen is de snelheid waarmee transacties in het maatschappelijk verkeer veelal moeten worden afgewikkeld. In dit geval was aan de leverancier bekend dat de eenden snel zouden worden verwerkt. Eventuele klachten over de kwaliteit, maar ook de reactie daarop van degene die de prestatie heeft verricht, zullen aan dit tempo moeten worden aangepast. Als een van de partijen te lang wacht, benadeelt hij de ander bijv. in diens mogelijkheden de kwaliteit of het ontbreken daarvan aan te tonen.

Ook in het arrest van de HR van 12 mei 1972, NJ 1973 - 53 (Van der Dong) wordt de goede trouw als grondslag van rechtsverwerking aangevaard. De uitoefening van een recht kan in strijd zijn met de goede trouw, als de rechthebbende bij wie kennis van zijn recht ontbreekt, bij de wederpartij een (gerechtvaardigd) vertrouwen heeft gewekt dat hij zijn recht prijsgeeft en als die wederpartij bijvoorbeeld door hetgeen hij op grond van dat vertrouwen heeft gedaan als zijn vertrouwen niet zou worden gehonoreerd, in een ongunstiger toestand zou komen dan wanneer hij niet had vertrouwd.

Tenslotte kan in dit verband nog worden genoemd HR 1 juli 1977, NJ 1978 - 74 (noot G.J. Scholten) (Elkerbout-Jaspers). In dit arrest vaart de Hoge Raad dezelfde koers: hij overweegt dat het Hof verzuimd had concreet aan te geven welke omstandigheden met zich meebrachten dat de rechthebbende zijn recht niet meer te goeder trouw kon uitoefenen.

VI. DE VERHOUDING TUSSEN AFSTAND VAN RECHT EN RECHTSVERWERKING IN DE RECENTE RECHTSpraak

Uit de hier kort geschetste ontwikkeling in de rechtspraak met betrekking tot rechtsverwerking kan m.i. (16) worden afgeleid dat rechtsverwerking tegenwoordig op de goede trouw berust. De grondslag is daarmee echter nog niet voldoende duidelijk aangegeven, want de goede trouw kan hier rechtstreeks beperkende werking hebben of via een vertrouwen in afstand van recht. Rechtstreeks is de rechtsverwerking op de goede trouw geba-

(16) Zie uitgebreider AAFINK, H.A.M., t.a.p. blz. 22 e.v.

seerd in het genoemde arrest van 5 april 1968, NJ 1968 - 251 (pekingeenden). Het arrest van 12 mei 1972, NJ 1973 - 53 (Van der Dong) is een voorbeeld van rechtsverwerking door een (stilzwijgende) afstand van recht. Ogenschijnlijk verwerpt de Hoge Raad de afstand als pijler van rechtsverwerking, omdat hij overwoog dat voor een rechtsgeldige afstand de rechthebbende kennis van het recht moet hebben, wat in casu niet het geval was. Uit de daarna volgende overwegingen blijkt echter dat dit niet leidt tot een scherpe scheiding tussen afstand van recht en rechtsverwerking: (stilzwijgende) afstand en rechtsverwerking kunnen in de praktijk in elkaar overvloeien. De HR overweegt namelijk dat als bij de rechthebbende kennis van het recht ontbreekt terwijl hij wel bij een wederpartij het vertrouwen wekt dat hij zijn recht prijsgeeft, de uitoefening in strijd met de goede trouw kan zijn, in het bijzonder als de wederpartij door hetgeen hij op grond van het vertrouwen heeft gedaan in een ongunstiger toestand zou komen als hij niet zou worden beschermd, dan indien hij niet had vertrouwd. Rechtsverwerking kan derhalve worden aangenomen op grond van een bij een ander gewekt gerechtvaardigd vertrouwen in afstand van recht (17).

Als rechtsverwerking op de goede trouw berust, rechtstreeks of via afstand van recht, dan is er een duidelijk verschil met de in paragraaf II besproken oudere rechtspraak. Destijds werd rechtsverwerking in het algemeen op een veronderstelde afstand van recht gebaseerd. Herhaaldelijk werd tot rechtsverwerking besloten op grond van een stilzwijgend prijsgeven, hoewel geen gerechtvaardigd vertrouwen bij een wederpartij bestond. Met een dergelijke fictie wordt tegenwoordig niet meer gewerkt: in gevallen waarin een vertrouwen in afstand van recht niet bestaat, of niet gerechtvaardigd is, kan de goede trouw als rechtstreekse grondslag worden gehanteerd.

Deze opvatting omtrent de verhouding tussen afstand van recht en rechtsverwerking wijkt enigszins af van de mening van Houwing (18). Z.i. berust rechtsverwerking niet (meer) op afstand van recht. In zijn preadvies toont hij aan dat de rechtspraak waarin vrijwel elke rechtsverwerking als een stilzwijgende afstand werd gezien, veelal met de werkelijkheid in strijd is. Deze visie behoeft echter niet met zich mee te brengen dat rechtsverwerking nooit meer kan worden aangenomen op grond van vertrouwen in afstand van recht. De genoemde arresten bevestigen deze

(17) Zie ook HR 10 februari 1967, NJ 1967 - 212 (De Zaan - Intercoal) waar dezelfde goede trouw „deelregel” werd gebruikt om te bepalen wanneer een recht beperkt wordt door een vertrouwen in afstand van recht. Verg. ook de noot van G.J. Scholten bij NJ 1977 - 182 en VAN DUNNÉ, t.a.p. blz. 83 e.v.

(18) *T.a.p.* blz. 35 e.v.

mogelijkheid. Ook het arrest Maaskant-De Oude (19) dat Houwing als keerpunt beschouwt, plaatst rechtsverwerking door de goede trouw naast rechtsverwerking door afstand van recht.

Is het niet van uitsluitend theoretisch belang (dat op zichzelf al groot kan zijn, o.a. voor het ijken van het begrippenstelsel) om op deze wijze de verhouding tussen afstand van recht en rechtsverwerking aan te geven? M.i. kan een dergelijke stelling niet worden volgehouden. De praktische betekenis blijkt namelijk als in een concreet geval beoordeeld moet worden of een recht door de houding van de rechthebbende zelf nog slechts in beperkte mate kan worden uitgeoefend. Daarmee wordt het onderwerp aangesneden onder welke omstandigheden een recht verwerkt wordt. Omdat men omtrent deze vraag die juist in de praktijk rijst in de literatuur niet veel vindt, zal de behandeling ervan tamelijk uitvoerig zijn (20).

VII. OMSTANDIGHEDEN DIE TOT RECHTSVERWERKING KUNNEN LEIDEN EN DE VORMING VAN „DEELREGELS”.

VERTROUWEN EN AAN EEN ANDER TOEGEBRACHT NADEEL

Rechtsverwerking kan op twee pijlers rusten. In de eerste plaats op een gerechtvaardigd vertrouwen bij een wederpartij dat de rechthebbende zijn recht prijsgeeft, terwijl bijkomende omstandigheden maken dat (onbeperkte) uitoefening van het recht met de goede trouw in strijd is. In de tweede plaats rechtstreeks op de goede trouw, die met zich mee kan brengen dat een recht niet meer (ten volle) kan worden uitgeoefend wegens het voorafgaande gedrag van de rechthebbende. Beide hangen nauw met elkaar samen. Waarom is het dan toch van belang een onderscheid te maken?

Degene die zich op rechtsverwerking beroept zal voldoende feiten en omstandigheden moeten stellen en veelal ook bewijzen. Als hij bijvoorbeeld stelt dat hij door de wijze waarop de rechthebbende zijn recht uitoefent benadeeld wordt, dan behoeft dat er nog niet zonder meer toe te leiden dat dit recht beperkt wordt. Ook het enkele feit dat bijvoorbeeld een van de partijen in een procedure een verweer voert dat niet geheel te rijmen is met zijn houding vóór het proces, behoeft nog geen rechtsverwerking met zich mee te brengen. Er zal in het algemeen nog iets bij moeten komen voordat in een concreet geval een norm kan worden geformuleerd die de rechthebbende een bepaald gebruik van zijn recht verbiedt. De goede

(19) HR 14 november 1952, NJ 1953 - 135.

(20) Houwing gaat wel uitgebreid op deze problematiek in op blz. 49 e.v. van zijn preadvies. In andere literatuur wordt veelal volstaan met een verwijzing naar de omstandigheden van het geval.

trouw is een toegangspoort voor degelijke normen in ons recht, maar ook niet meer dan dat. Het is noodzakelijk te trachten voor (groepen van) gevallen deelregels binnen de goede trouw te ontwikkelen, al was het alleen maar om de werkelijke argumenten om tot rechtsverwerking (en tot beperkende werking van de goede trouw in het algemeen) te besluiten, aan het licht te brengen.

Eén van deze deelregels is nu het mede in de rechtspraak van de HR tot ontwikkeling gekomen uitgangspunt dat een recht beperkt kan worden als een rechthebbende, ook al is het tegen zijn wil, bij een wederpartij een gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat hij zijn recht prijsgeeft, terwijl die wederpartij op de gewekte schijn heeft voortgebouwd en daardoor in een slechtere positie zou komen als men hem niet zou beschermen dan waarin hij zou hebben verkeerd als hij niet had vertrouwd. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit een van de in de praktijk meest voorkomende gevallen van rechtsverwerking is, waarbij verschillende omstandigheden tesamen ertoe leiden dan tot rechtsverwerking kan worden geconcludeerd. Ons recht kent hier een uitgekristalliseerde deelregel binnen het kader van de goede trouw. In deze groep van gevallen zal in beginsel rechtsverwerking mogen worden aangenomen. Daarentegen zal het heel wat lastiger zijn in een procedure rechtstreeks (buiten de genoemde deelregel om) een beroep te doen op de goede trouw, omdat dan voldoende ándere feiten en omstandigheden moeten worden aangevoerd. Bovendien kunnen aan rechtsverwerking op grond van deze deelregel wellicht andere gevolgen worden verbonden dan wanneer rechtstreeks op de goede trouw een beroep wordt gedaan⁽²¹⁾. Het is m.i. derhalve gerechtvaardigd deze deelregel te onderscheiden binnen het raam van rechtsverwerking, op theoretische gronden, om het onderling verband tussen op zichzelf verschillende rechtsfiguren aan te geven, en om praktische redenen.

Als men dan verder onderzoekt welke deelregels in de rechtspraak zijn ontstaan, dan blijkt dat (tenminste) één vereiste met zekerheid kan worden vastgesteld: er zal nadeel moeten zijn. Benadeling op zichzelf is meestal niet voldoende om rechtsverwerking aan te nemen, maar zonder benadeling is rechtsverwerking niet aanwezig. Een beperking van de rechthebbende in de uitoefening van zijn recht zou anders aan een wederpartij een ongerechtvaardigd voordeel toekennen. De HR overwoog in het arrest van 5 november 1976, NJ 1977 - 182 (noot G.J. Scholten) (Flink-De Nijs): „dat immers... het feit dat Biesterbos en De Nijs Flink niet dadelijk na het duidelijk worden van zijn standpunt als boven aangegeven, in

(21) Zie paragraaf XI.

kennis hebben gesteld van hun tegengestelde standpunt, niet kan meebrengen dat zij hun rechten uit de tussen hen en Flink gesloten overeenkomst zouden hebben verwerkt, nu Flink niet heeft gesteld — en het Hof ook niet heeft overwogen — dat hij enig nadeel zou hebben ondervonden door dit beweerde verzuim van Biesterbos en De Nijs'' (22). Een dergelijk nadeel behoeft op zichzelf niet altijd een financieel nadeel te zijn. Denkbaar is bijv. dat een koper zo lang wacht met protesteren tegen gebreken in het geleverde dat het voor de verkoper (indien in de loop van een procedure de bewijslast op hem zou komen te rusten) onmogelijk wordt nog bewijs te leveren.

Door dit nadeelvereiste te stellen werpt men een dam op tegen te lichtvaardige beroepen op rechtsverwerking. Het gebeurt vaak dat een van de partijen in de loop van de procedure stelt dat de eerder aangenomen houding van zijn tegenpartij ertoe leidt dat deze nu geen beroep meer kan doen op zijn recht. Het innemen van een dergelijk standpunt is veelal aantrekkelijk omdat het aantonen van een tegenstrijdigheid in het betoog en de houding van de tegenpartij diens positie kan verzwakken. Door het bedoelde vereiste behoeft een tegenstrijdigheid geen rechtsverwerking tot gevolg te hebben. Als de tegenpartij niet is benadeeld zal de rechter het beroep op rechtsverwerking afwijzen.

Het nadeelvereiste wordt gesteld voor rechtsverwerking, niet voor een afstand van recht die berust op de verklaarde wil. De grondslag van het tenietgaan van een recht is in „normale” gevallen van afstand van recht de naar buiten blijken de wil van de rechthebbende zelf. Rechtsverwerking wordt echter aangenomen onafhankelijk van de wil op grond van de goede trouw (23). Toch is het in een concreet geval niet altijd even duidelijk of het vereiste moet worden gesteld, omdat zoals boven werd vermeld rechtsverwerking op een vertrouwen in afstand van recht kan zijn gebaseerd. Er is geen duidelijke grens tussen afstand van recht en rechtsverwerking, maar een gied waar beide elkaar overlappen (24). In beginsel moet als vereiste voor een geheel of gedeeltelijk tenietgaan van een recht worden gesteld dat een wederpartij nadeel heeft geleden, als de grondslag niet is de werkelijke wil.

Een van de belangrijkste gevallen van nadeel is dat de wederpartij op een bij hem gewekt rechtvaardigd vertrouwen heeft voortgebouwd en daardoor in een slechtere positie zou komen dan wanneer hij niet had vertrouwd als hij niet wordt beschermd. De HR heeft deze formulering niet

(22) Verg. de conclusie van A.G. TEN KATE en de noot van G.J. SCHOLTEN.

(23) Verg. de noot van G.J. SCHOLTEN bij NJ 1977 - 182.

(24) Zie VERHEUL, *Verdam-bundel*, blz. 75 e.v.

alleen bij rechtsverwerking (door vertrouwen in afstand) gebruikt maar bijv. ook om te beoordelen of een ontslagneming geldig is, hoewel de werknemer op het moment van zijn verklaring niet geheel toerekeningsvatbaar is(25). Ook dan blijkt dat een bij een ander gewekt vertrouwen (dat afwijkt van de in werkelijkheid aanwezige wil), ook al is dit gerechtvaardigd, niet altijd bescherming verdient. Beoordeeld moet worden of de omstandigheden die kunnen pleiten voor een bescherming van degene die het vertrouwen heeft gewekt, bijv. dat hij dwaalde in het recht of niet volledig toerekeningsvatbaar was, van minder gewicht zijn dan de omstandigheden die een reden kunnen zijn de wederpartij te beschermen, bijv. dat hij door een handelen op grond van het vertrouwen in een slechtere positie zou komen. Zo veel mogelijk moet worden voorkomen dat aan de wederpartij een ongerechtvaardigd voordeel wordt toegekend. Heeft hij echter nadeel geleden door de gewekte schijn, dan kan dit juist een sterk argument opleveren zijn belangen te laten prevaleren. Dit nadeel door een voortbouwende handeling kan bijv. hierin bestaan dat een werkgever uitgaande van de (schijn van) ontslagname van zijn werknemer, een ander in zijn plaats heeft aangesteld. Bij rechtsverwerking zelf kan men denken aan de casus die heeft geleid tot het genoemde arrest van de HR van 15 januari 1932, NJ 1932 - 380. Indien daar het vertrouwen dat door een lid van het pensioenfonds was gewekt dat hij accoord ging met de liquidatie van het fonds gerechtvaardigd was, dan kan juist de omstandigheid dat op grond van dit vertrouwen geen premies meer waren geïnd en betaalde premies waren teruggegeven, een belangrijk argument zijn om aan te nemen dat hij zijn recht op verdere uitkeringen verwerkt heeft. Als het vertrouwen niet zou worden gehonoreerd, zou er door de op het vertrouwen voortbouwende handelingen wel een heel ongunstige positie ontstaan, nu het pensioenfonds al geliquideerd was.

Het is opvallend dat het al dan niet beschermen van degene die vertrouwd heeft mede afhankelijk is van wat hij zelf naderhand heeft gedaan. In zoverre is dit criterium een wijziging en een verfijning van de onderscheiding tussen rechtshandelingen onder bezwarende titel en om niet, die eerder in de rechtspraak als maatstaf werd genomen(26). Of bijvoorbeeld bij overeenkomst de ene partij een verplichting op zich neemt in verband met een prestatie (verplichting) van de ander(27) is in het algemeen vast te stellen op het moment van het aangaan van de overeenkomst.

(25) O.a. HR 29 november 1974, NJ 1975 - 211 (HENSELS-SEEGERS en MUSTERS). Zie voorts HOUWING, *Positief en negatief belang bij rechtsschijn*, WPNR 3868-3872 en NIEUWENHUIS, WPNR 5341-5342. De vraag rijst overigens of dit vereiste ook bij overeenkomsten onder bezwarende titel dient te worden gesteld. In het arrest van 11 december 1959, NJ 1960 - 230 (Eelman-Hin) deed de HR dit (nog ?) niet.

(26) Zie HR 15 mei 1959, NJ 1959 - 516 en HR 11 december 1959, NJ 1960 - 230.

(27) Zie ASSER-RUTTEN, II, blz. 49 e.v.

Ook om andere redenen kan dit criterium tot andere resultaten leiden: een rechtshandeling kan om niet zijn verricht, terwijl toch de wederpartij die op het gewekte vertrouwen heeft voortgebouwd bescherming verdient (28). Anderzijds is het ook niet ondenkbaar dat bij een overeenkomst onder bezwarende titel het vertrouwen niet wordt gehonoreerd omdat de bedoelde voortbouwende handelingen ontbreken. Aan deze laatste stelling moet wel onmiddellijk worden toegevoegd dat het zeer de vraag is of de HR bij overeenkomsten onder bezwarende titel deze verfijning wenst aan te brengen. Het (oude!) arrest van 11 december 1959, NJ 1960 - 230 (noot L.E.H. Rutten) (Eelman-Hin) wijst in een andere richting. Daar werd overwogen dat bij overeenkomsten onder bezwarende titel de eisen van het rechtsverkeer verlangen dat degene die terecht vertrouwd heeft wordt beschermd. M.i. is het echter de vraag of de HR deze algemene formulering nu zou herhalen.

Ook uit deze deelregel binnen de goede trouw blijkt dat omstandigheden van voldoende gewicht aanwezig moeten zijn voordat tot rechtsverwerking kan worden besloten. Het gaat niet om gerechtvaardigd vertrouwen alleen of om geleden nadeel op zichzelf, maar om verschillende factoren die samen tot gevolg kunnen hebben dat uitoefening van een recht in strijd is met de goede trouw. Zo moet m.i. ook de onderverdeling worden begrepen die Houwing in zijn behandeling van de omstandigheden die tot rechtsverwerking kunnen leiden heeft gemaakt tussen het wekken van een vertrouwen door een rechthebbende dat een recht niet of niet meer bestaat (29) en een onredelijke verzwarende van de positie van zijn wederpartij (30). Doordat een schuldenaar bijv. gedurende een zekere tijd niet aan de schuldenaar meedeelt dat de prestatie ondeugdelijk is of doordat hij erover beschikt, kan hij het vertrouwen wekken dat er niets op aan te merken valt (31). In het algemeen is dit nog niet voldoende grondslag om tot rechtsverwerking te besluiten. Dit kan wel het geval zijn als bovendien de positie van de debiteur onredelijk verzwaard is d.w.z. bij een combinatie van de door Houwing genoemde omstandigheden.

In het Ontwerp BW (art. 3.2.3.) vindt men het beginsel dat een gerechtvaardigd vertrouwen (dat afwijkt van de werkelijke wil) slechts onder bepaalde omstandigheden dient te worden beschermd niet terug. De tekst luidt: „Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkom-

(28) Zie de noot van G.J. SCHOLTEN bij NJ 1967 - 261.

(29) *T.a.p.*, blz. 49 e.v.

(30) *T.a.p.*, blz. 68 e.v.

(31) Dit behoeft geen vertrouwen te zijn dat de crediteur afstand wil doen: meestal zal de debiteur niet aan gebreken denken (soms helaas wel!) en ook niet aan rechten van de crediteur wegens ondeugdelijke prestatie.

stig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil''.

Volgens de M.v.A. (32) zou o.a. het uitgangspunt dat een bescherming van degene die heeft vertrouwd slechts noodzakelijk is als de goede trouw daartoe aanleiding geeft (bijv. als de wederpartij op het vertrouwen heeft voortgebouwd en daarom in een slechtere positie zou geraken als het vertrouwen niet zou worden gehonoreerd) tot onbillijkheden aanleiding geven en in strijd zijn met de rechtszekerheid. M.i. zal juist de werking van de goede trouw in deze gevallen voorkomen dat degene die vertrouwd heeft ongerechtvaardigd verrijkt wordt, wat nu juist de onbillijkheid is die uit art. 3.2.3. kan voortvloeien. Ook het beroep op de rechtszekerheid is niet sterk. Volgens het artikel zal beoordeeld moeten worden of het vertrouwen gerechtvaardigd is: ook daarvoor zijn geen algemeen geldende criteria te geven die de rechtszekerheid zouden bevorderen. De toelichting zwakt overigens het in de wetstekst zelf gekozen uitgangspunt weer wat af.

VIII. NADERE ANALYSE VAN OVERWEGINGEN BIJ EEN BEOORDELING VAN EEN BEROEP OP RECHTSVERWERKING

De beoordeling of in een concreet geval rechtsverwerking op grond van de goede trouw moet worden aangenomen is geheel afhankelijk van de omstandigheden. Meestal is er geen algemene rechtsregel die aan bepaalde omstandigheden rechtsverwerking verbindt. Dit blijkt o.a. uit het arrest van de HR van 7 september 1973, NJ 1974 - 409 (noot B. Wachter). Daar werd overwogen, voorzover hier van belang, dat geen rechtsregel het Hof noopte in de nader omschreven situatie rechtsverwerking aan te nemen. Toch is het van belang niet te volstaan met een verwijzing naar de omstandigheden van het geval, maar te onderzoeken welke overwegingen tot een oordeel over rechtsverwerking kunnen leiden en zo een aanzet te geven tot de vorming van deelregels binnen de goede trouw, waarvan enkele in de vorige paragraaf al aan de orde zijn gekomen.

(Ook) voor de beoordeling van een beroep op rechtsverwerking kunnen (wijzigingen in) maatschappelijke opvattingen van betekenis zijn. Een voorbeeld is wellicht het volgende. Zo'n vijftig jaar geleden heeft een ontwikkeling in deze richting dat minder snel dan tevoren tot rechts-

(32) Blz. 46 e.v.

verwerking werd geconcludeerd geleid tot een versterking van de positie van de consument. Veelal werd er destijds van uitgegaan dat bij een soortkoop de verkoper volledig aan zijn verplichtingen had voldaan door de enkele levering. De koper kon in beginsel na in ontvangstname van de zaak niet meer over ondeugdelijkheid klagen, behalve voorzover de rechter aanleiding vond de verborgen gebrekenregeling analoog toe te passen. Verstegen heeft destijds verdedigd (33) dat het in ontvangstnemen van de prestatie op zichzelf nog geen rechtsverwerking met zich mee behoeft te brengen. Ook de levering van een ondeugdelijke zaak bij een soortkoop is in beginsel wanprestatie. Wel is het mogelijk dat de koper door een actie wegens wanprestatie in te stellen in strijd handelt met de goede trouw omdat hij niet zo spoedig mogelijk na het aannemen van de prestatie heeft onderzocht of deze aan de overeenkomst voldoet (34). Deze opvatting dat de koper pas na een dergelijke vorm van rechtsverwerking zijn klachtrecht verliest en dat overigens een ondeugdelijke prestatie ook bij een soortkoop wanprestatie oplevert, is daarna in toenemende mate aanvaard. Dit uitgangspunt ligt bijv. ten grondslag aan HR 29 januari 1971, NJ 1971 - 221 (Wasautomaten) en aan art. 7.1.2.7. en 7.1.3.2. van het Ontwerp BW. Uit HR 4 maart 1977, NJ 1977 - 337 blijkt zelfs dat aanvaarding niet mag worden aangenomen in het geval dat een koper van een nieuwe kleuren-televisie dat niet goed functioneert wat betreft beeld en geluid, het apparaat blijft gebruiken zolang de handelaar het bij hem laat staan.

Het is waarschijnlijk (o.a.) deze ontwikkeling die de HR bedoelt in het arrest van 3 april 1970, NJ 1970 - 252 (Warme-dranken automaat). De algemene beginselen van het contractenrecht hebben zich aldus ontwikkeld volgens de HR dat deze indien een ondeugdelijke zaak wordt geleverd, een verdergaande bescherming zijn gaan verlenen dan de verborgen gebreken regeling in de artt. 1540-1548 BW (o.a. door de korte vervaltermijn). De verborgen gebreken regeling is in plaats van volgens haar strekking (naar de bedoeling van de wetgever) de koper te beschermen, een voordeel voor de verkoper geworden. Onder die omstandigheden achtte de HR het redelijk de toepassing van de verborgen gebreken regeling niet uit te breiden buiten de gevallen die de wetgever voor ogen hebben gestaan, namelijk koopovereenkomsten met betrekking tot een individueel bepaalde zaak. Zo heeft een ontwikkeling ten aanzien van rechtsverwerking in de twintiger jaren nog belangrijke gevolgen gehad in 1970!

(33) VERSTEGEN, A.J., *Ondeugdelijke levering bij den soortkoop*, R.M. 1923, blz. 124 e.v.

(34) Zie ook HOUWING, *t.a.p.*, blz. 87 e.v.

Uit deze ontwikkeling ten aanzien van verwerking van het klachtrecht van de koper blijkt dat (wijzigingen in) maatschappelijke opvattingen ook bij rechtsverwerking een belangrijke invloed kunnen hebben op de beslissing van de rechter. Zij kunnen mede bepalend zijn voor de norm die de rechthebbende in een concreet geval verbiedt op een bepaalde wijze van zijn recht gebruik te maken. Dit kan zich ook voordoen als niet uitdrukkelijk een beslissing omtrent rechtsverwerking zelf wordt gegeven, maar als deze figuur besloten ligt in een bepaalde handeling zoals aanvaarding van een prestatie of gebruik maken van een bepaald recht (dan wordt soms impliciet aangenomen dat een niet benut recht is tenietgegaan). Stilzwijgend en wellicht zelfs niet altijd bewust wordt dan een oordeel gegeven omtrent rechtsverwerking. Veelal blijkt dan niet welke overwegingen aan dit oordeel hebben bijgedragen. In wezen rijzen dan dezelfde bezwaren als tegen de in de tweede paragraaf vermelde rechtspraak kunnen worden aangevoerd, waarin rechtsverwerking veelal werd gebaseerd op een uit het gedrag van de rechthebbende afgeleide afstand van recht. De argumenten op grond waarvan tot rechtsverwerking wordt besloten worden dan vaak niet duidelijk.

Ook de snelheid en ingewikkeldheid van vele transacties in de huidige maatschappij vormen wellicht de achtergrond van verschillende beslissingen omtrent rechtsverwerking. Het BW is geschreven in een tijd toen het maatschappelijk leven zich langzamer voltrok dan tegenwoordig. Eén van de punten waarin dit tot uiting komt is de lengte van vele verjarings- en vervaltermijnen. Perioden van 20 en 30 jaar zijn geen uitzondering. Als een rechthebbende zijn recht pas na lange tijd gaat uitoefenen dan kan terecht het gevoel ontstaan dat hij door het lange stilzitten zijn recht verspeeld heeft, ook al blijft hij binnen de destijds gestelde termijnen. Het oordeel kan juist zijn dat hij in zo'n geval zijn recht heeft verwerkt, welke beslissing dan in feite op een verkorting van bestaande termijnen neer komt (35). Wel moet de kanttekening worden geplaatst dat een enkel tijdsverloop in het algemeen niet voldoende is om rechtsverwerking aan te nemen. Verschillende omstandigheden tesamen kunnen dit oordeel gerechtvaardigd maken. Er zal bijv. ook een benadeling moeten zijn van een ander door het laten verstrijken van de tijd. Anders zou rechtsverwerking uitsluitend tot een (ongerechtvaardigde) bevoordeling leiden. Rechtsverwerking kan dan ook de in de wet opgenomen termijnen in bijzondere omstandigheden verkorten, maar de argumenten daarvoor zullen veelal andere zijn dan die ten grondslag liggen aan de wettelijke regeling (36).

(35) Zie in dit verband de overwegingen van het Hof, te lezen in HR 3 mei 1963, NJ 1964 - 486.

(36) Bijv. overwegingen i.v.m. de rechtszekerheid zullen minder vaak tot rechtsverwerking leiden.

Het reeds eerder vermelde arrest van de HR van 5 april 1968, NJ 1968 - 251 (Pekingenden) is een voorbeeld van een geval waarin de snelheid waarmee een overeenkomst moest worden uitgevoerd tot rechtsverwerking kon leiden. Kort na elkaar werden de verschillende leveranties verricht en de eenden werden vervolgens ook snel verwerkt. Voor de beoordeling van de kwaliteit was slechts korte tijd beschikbaar. De afnemer moest daarom snel aan de leverancier meedelen dat hij niet tevreden was en gebruik maakte van zijn contractuele bevoegdheid op de prijs te korten. De leverancier behoorde ook zijn reactie aan dit tempo aan te passen(37). Hij diende de afnemer de mogelijkheid te geven tijdig de kwaliteit te laten vaststellen i.v.m. het bewijs daarvan in een eventueel geding. De snelheid van de uitvoering van een overeenkomst kan ook bepalend zijn voor de vraag of een bij een wederpartij gewekt vertrouwen gerechtvaardigd is (wat rechtsverwerking kan opleveren). Wanneer een leverancier geen klacht verneemt omtrent het product van zijn afnemer dan mag hij bij een overeenkomst die moet worden uitgevoerd door spoedig openvolgende leveranties die vervolgens ook snel worden gebruikt in beginsel ook na korte tijd aannemen dat de prestatie deugdelijk was.

Behalve de snelheid van een bepaalde transactie kan ook de ingewikkeldheid daarvan aan partijen de verplichting (in de betekenis, vermeld in noot 37) opleggen hun standpunt snel en duidelijk te bepalen en een argument opleveren tot rechtsverwerking te besluiten. Ook het tegendeel kan zich echter voordoen: met de ingewikkeldheid van de rechtspositie kan rekening worden gehouden in die zin dat geen rechtsverwerking wordt aangenomen. Een voorbeeld is wellicht HR 10 februari 1967, NJ 1967 - 212 (De Zaan-Intercoal). De Hr overwoog dat een rechthebbende bij wie kennis ontbreekt van het bestaan van zijn recht door de goede trouw beperkt kan worden in de uitoefening ervan, bijv. als hij bij een wederpartij het vertrouwen wekt dat hij het prijsgeeft en die wederpartij door voortbouwende handelingen in een slechtere positie zou komen dan indien hij niet had vertrouwd. Als het bijv. om een toch wel ingewikkeld te noemen recht op ontslag van de borg (art. 1885 BW) gaat „wanneer hij, door toedoen van den schuldeischer, niet meer treden kan in de regten, hypotheken en voorregten van dien schuldeischer”, dan mag niet snel worden aangenomen dat bijv. door stilzitten het recht verwerkt wordt(38). Juist bij een dergelijk recht is een vertrouwen in afstand niet licht gerecht-

(37) Dit is een verplichting die niet afdwingbaar is, maar schending kan rechtsverwerking tot gevolg hebben; verg. HOUWING, *t.a.p.*, blz. 25 e.v.

(38) AAFINK, *t.a.p.* blz. 98.

vaardigd. De HR achtte dan ook van belang of de wederpartij rekening moest houden met de mogelijkheid dat de rechthebbende het recht niet kende.

De ingewikkeldheid van de rechtspositie (i.c. van erfgenamen onderling) heeft wellicht ook een rol gespeeld in de overwegingen van de HR in het arrest van 12 mei 1972, NJ 1973 - 53 (Van der Dong). Rechtsverwerking op grond van de goede trouw (die de verhouding tussen erfgenamen kan bepalen) wordt niet gemakkelijk aangenomen t.a.v. het recht een beroep te doen op de legitieme portie, nu de legitimaris niet van dit recht op de hoogte was. Van een onredelijk handelen tegenover mede-erfgenamen kon i.c. niet worden gesproken. De kernoverwegingen van de HR waren vrijwel gelijk aan die in het arrest De Zaan-Intercoal.

Het nadeelvereiste bij rechtsverwerking is in paragraaf VII al ter sprake gekomen. Het is m.i. niet uitgesloten dat (mede) de achtergrond van het stellen van dit vereiste is dat een beroep op rechtsverwerking te gemakkelijk werd gedaan en gehonoreerd. Nu benadeling noodzakelijk is, is het onaantrekkelijker geworden in een procedure, zoals veelal gebeurt, bij herhaling te wijzen op inconsequenties in de houding van de tegenpartij. Rechtsverwerking kan daar immers niet uit volgen als er geen nadeel uit voortgevloeid is.

De vorm en de grootte van het nadeel kan bepalend zijn voor het oordeel of rechtsverwerking moet worden aangenomen en welke gevolgen daaraan moeten worden verbonden. Bij de beslissing wordt niet slechts gelet op het nadeel dat de wederpartij door het gedrag van de rechthebbende toegebracht wordt, maar ook op het nadeel dat de rechthebbende zelf lijdt als rechtsverwerking wordt aangenomen. Een vertrouwen bijv. bij de wederpartij dat de rechthebbende afstand doet van zijn recht is minder snel gerechtvaardigd naarmate dit een groter voordeel voor de wederpartij oplevert ten koste van de ander. In wezen kan een parallel getrokken worden met de actie uit ongerechtvaardigde verrijking: belangrijke factoren bij de beoordeling kunnen zijn in hoeverre de wederpartij door de houding van de rechthebbende ongerechtvaardigd is verarmd en daarnaast in welke mate de rechthebbende bij een toewijzen van een beroep op rechtsverwerking op zijn beurt een nadeel en de wederpartij een voordeel zou verkrijgen.

Juist uit het feit dat nadeel vereist wordt blijkt dat een beroep op de beperkende werking van de goede trouw niet gemakkelijk wordt gehonoreerd. Verschillende vermelde arresten wijzen in die richting, evenals HR 23 februari 1968, NJ 1968 - 248: uit het enkele niet herhalen van een protest (tegen „afstand” van huur) of niet eerder een vordering instellen volgt geen rechtsverwerking. Dit oordeel is begrijpelijk omdat benadeling

niet zonder meer blijkt. Bovendien legt de goede trouw niet snel verplichtingen op (die niet afdwingbaar zijn, maar waarvan schendig rechtsverwerking oplevert) tot een actief handelen. Schending van een dergelijke verplichting geschiedt door een stilzitten. Een vertrouwen, bijv. in afstand, is veelal eerder gerechtvaardigd als dit blijkt uit een handelen dan uit een stilzitten. Een niet doen kan wel tot rechtsverwerking leiden, maar dan moet degene die zich daarop beroept bijzondere omstandigheden aanvoeren waaruit dit volgt. Een voorbeeld is het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 20 december 1977, NJ 1978 - 471. Een vennootschap had haar schadeclaim op een leverancier enige tijd niet uitgeoefend. In diezelfde tijd had de leverancier met een zuster-vennootschap onderhandeld over een contract en dit vervolgens afgesloten. Onder deze omstandigheden was het in strijd met de goede trouw volgens het Hof, alsnog de schadeclaim geldend te maken. Aan de leverancier was namelijk de mogelijkheid ontnomen in de onderhandelingen als voorwaarde te stellen dat van de schadeclaim zou worden afgezien. Tenslotte kan nog genoemd worden het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 16 februari 1972, NJ 1972 - 229 waarin op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval rechtsverwerking werd aangenomen, zonder dat echter geheel duidelijk blijkt waarin het nadeel was gelegen. Een verzekeringsmaatschappij had het recht verwerkt gedane uitkeringen als onverschuldigd betaald terug te vorderen omdat zij bij de wederpartij het vertrouwen had gewekt dat dit recht niet meer bestond door namelijk de uitkeringen nauwkeurig gespecificeerd te doen, door van brieven met berekeningen ondertekening voor accoord te eisen en door voor iedere betaling ondertekening van een kwitantie te verlangen waarbij de wederpartij afstand deed van het recht de uitkering als onjuist te bestrijden

IX. ONTWIKKELING IN DE RECHTSpraak VAN DE HR OMTRENT OP DE GOEDE TROUW GEBASEERDE RECHTSVERWERKING?

Nu de HR in elk geval na het arrest van 14 november 1952, NJ 1953 - 135 (Maaskant-De Oude) de rechtsverwerking op de goede trouw grondvest (rechtstreeks of via afstand van recht) is de strijd gestreden omtrent de vraag óf de goede trouw de basis is en komt het accent te liggen op de vraag wannéér de goede trouw tot rechtverwerking leidt. Enkele omstandigheden die wellicht van betekenis zijn, zijn in de vorige paragrafen de revue gepasseerd. In feite werd deze vraag in de rechtspraak van vóór 1952 ook wel gesteld, maar in de vonnissen en arresten kwam dit slechts versluierd aan het licht, omdat veelal met een fictieve afstand van recht werd gewerkt.

Het is opvallend dat de HR aan de wijze van beoordeling van de omstandigheden door de lagere rechter en aan de vermelding daarvan strenge eisen is gaan stellen. Zeer duidelijk is in dit opzicht HR 1 juli 1977, NJ 1978 - 74 (Elkerbout-Jaspers). De HR overwoog dat het Hof had nagelaten concrete (door degene die zich op rechtsverwerking beroept gestelde) gedragingen aan te duiden die het oordeel kunnen rechtvaardigen dat het recht niet meer te goeder trouw kon worden uitgeoefend.

Niet alleen dient de lagere rechter deze gedragingen te omschrijven, maar ook gaat de HR ertoe over onder bespreking van die omstandigheden zelf een oordeel omtrent het beroep op rechtsverwerking te geven. Een voorbeeld is het arrest van 12 mei 1972, NJ 1973 - 53 (noot K. Wiersma) (Van der Dong). Het Hof had aangenomen dat het in strijd zou zijn met de goede trouw die de rechtsverhouding tussen mede-erfgenamen bepaalt dat i.c. een recht op de legitieme portie werd geldend gemaakt omdat: 1) de legitimarissen door hun gedragingen blijk van hadden gegeven dat zij destijds de testamentaire beschikkingen wilden accepteren waartegen zij nu opkwamen; 2) dat zij er aanvankelijk blijk van hadden gegeven dat zij er tevreden mee waren dat hun mede-erfgenamen eigenaar van het paviljoen zou worden en dat het hun slechts ging om de grootte van het bedrag dat zij in contanten zouden ontvangen. De HR achtte deze omstandigheden niet voldoende grond om rechtsverwerking aan te nemen. Het terugkomen op het standpunt dat zij de beschikkingen wilden accepteren was niet in strijd met de goede trouw nu zij onweersproken hadden gesteld dat zij aanvankelijk niet op de hoogte waren geweest van hun rechten als legitimaris. Ook de omstandigheid dat zij er destijds blijk van hadden gegeven dat de mede-erfgenamen het gelegateerde goed mocht krijgen bracht niet met zich mee dat zij zich nu niet zouden mogen verzetten tegen afgifte van dit goed als legaat. Zij zouden dan namelijk het goed moeten afgeven voordat hun vordering op de mede-erfgenaam vaststond en zouden tevens gebonden zijn aan de volgens hen te lage taxatie.

Heel precies gaat de HR hier de feitelijke omstandigheden na die een beroep op rechtsverwerking zouden moeten rechtvaardigen en verlangt ook van de lagere rechter dat deze de relevante gedragingen concreet aanduidt. Vergelijkt men nu met deze recente arresten de overwegingen van de HR in oudere arresten dan blijkt dat de HR zich vroeger veel meer beperkte tot een soort „marginale toetsing” (39). In het genoemde arrest van 14 november 1952, NJ 1953- 135 (Maaskant-De Oude) overwoog de HR dat „het Hof zonder miskennis van art. 1374 BW op de in het arrest

(39) Zie omtrent deze term in dit verband de noot van Houwing bij NJ 1971 - 89 en Borst, Problemen en perspectieven van de marginale toetsing, WPNR 5024-5027.

vermelde gronden deze stelling kon verwerpen''; In HR 18 maart 1955, NJ 1955- 356 was de formulering: „... de rechtbank kon oordelen dat deze houding van Koek onverenigbaar was met een handhaving van een aanspraak terzake van gebrekkige levering...''.

Er is m.i. dan ook een tendens dat de HR in sterkere mate dan voorheen de beoordeling van de omstandigheden tot zijn taak gaat rekenen. Hij beoordeelt niet meer uitsluitend of de lagere rechter tot zijn oordeel „in redelijkheid heeft kunnen komen'' maar of dit oordeel juist is. Dit standpunt van de HR kan worden gezien als een rechtstreeks gevolg van de aanvaarding van het beginsel dat de goede trouw, althans bij rechtsverwerking (40) kan derogeren aan hetgeen partijen zijn overeengekomen. De goede trouw is een toegangspoort geworden van grote stukken ongeschreven recht. De HR zou zijn taak die mede bestaat uit het bevorderen van rechtseenheid en rechtszekerheid miskennen als hij de invulling van de goede trouw met deelnormen vrijwel volledig aan de lagere rechter over zou laten. De HR wenst terecht op de vorming van deelregels invloed te kunnen uitoefenen. Een aanwijzing dat de HR deze mening ook is toegedaan t.a.v. de goede trouw in het algemeen kan bijv. worden geput uit de arresten van 19 mei 1967, NJ 1967 - 261 (Saladin-H.B.U.) en 20 februari 1976, NJ 1976 - 486 (Pseudo vogelpest). In beide arresten gaf de HR aan, welke omstandigheden onder andere (een limitatieve opsomming is niet te geven) met zich mee kunnen brengen dat een recht niet (volledig) kan worden uitgeoefend.

Als bezwaar tegen dit standpunt van de HR zou kunnen worden aangevoerd dat de cassatierechter gebonden is aan de hetgeen omtrent de feiten is vastgesteld door de lagere rechter. Als de HR de vaststelling van de werking van de goede trouw in een concreet geval als een rechtsvraag beschouwt en deze vraag ook ten volle wil beoordelen, kan het een hinderpaal zijn dat de vorming van een norm voor het geval beperkt wordt door de vaststelling van de feiten in eerdere instantie. Het is niet uitgesloten dat de norm anders zou luiden als de feiten nogmaals volledig zouden worden beoordeeld, vooral wanneer niet uitsluitend wordt gezien of de lagere rechter in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen, maar of dit oordeel onder deze omstandigheden juist is.

Dit bezwaar dat samenhangt met de aard van de cassatieprocedure weegt m.i. niet op tegen het voordeel dat de HR invloed uitoefent op het ontstaan van deelregels voor beperkende werking van de goede trouw en rechtsverwerking in het bijzonder. Juist aan de vorming van deelregels bestaat behoefte. Bovendien rijst het probleem niet uitsluitend bij het vinden van

(40) Maar waarschijnlijk ook in andere gevallen; zie ABAS, t.a.p. blz. 109 e.v.

normen binnen het kader van de goede trouw. Slechts zelden kan de HR een bestaande algemene regel rechtstreeks toepassen. Voorts kan de HR als de lagere rechter niet is toegekomen aan bepaalde feiten in zijn vonnis, de overige processtukken raadplegen en op die wijze beoordelen of die andere feiten van belang zijn. Indien nog een beslissing omtrent de feiten dient te worden genomen kan de zaak naar een lagere rechter worden verwezen(41).

X. DE VERHOUDING TUSSEN RECHTSVERWERKING EN ANDERE RECHTSFIGUREN
ZOALS MISBRUIK VAN RECHT EN DE EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

Als de uitoefening van een recht in strijd is met de goede trouw wegens de voorafgaande houding van de rechthebbende dan is er sprake van rechtsverwerking. Een gevolg kan zijn dat het gebruik van een recht geheel of gedeeltelijk wordt beperkt. Ook misbruik van recht kan tot een dergelijke beperking leiden. De vraag rijst dan welke de verhouding tussen beide is en zelfs of het wel juist is ze als twee verschillende rechtsfiguren te benaderen. Dienen bijv. wel verschillende criteria te worden aangelegd voor de beslissing of van rechtsverwerking of van misbruik van recht sprake is?(42).

Het arrest van de HR van 17 april 1970, NJ 1971 - 89 (noot Ph. A.N. Houwing) (Grensoverschrijdende garage) heeft misbruik van recht en rechtsverwerking dicht bij elkaar gebracht. Een garage bleek na de bouw voor ongeveer zeventig centimeter op het aangrenzende perceel te staan. De HR overwoog dat in beginsel een recht bestond op verwijdering van het op dit terrein gebouwde gedeelte, ook al zou de grensoverschrijding te goeder trouw zijn geschied. Maar dan volgt: „dat zulks echter niet uitsluit dat, zo Kuipers te goeder trouw is geweest, De Jongh door in plaats van genoeg te nemen met een redelijke schadevergoeding een vordering tot amotie in te stellen, zich aan misbruik van recht zou hebben schuldig gemaakt, indien het nadeel dat Kuipers door de amotie zou lijden, zowel op zichzelf beschouwd als in zijn verhouding tot het belang dat De Jongh met haar vordering nastreeft, zó groot zou zijn dat, alle verdere omstandigheden in aanmerking genomen, De Jongh naar redelijkheid niet tot de uitoefening van haar recht amotie te vorderen had kunnen komen”.

(41) Zie de artt. 419 en 421 Rv.

(42) Omtrent misbruik van recht o.a. EGGENS, WPNR 3989 en 3990, *Verz. Priv. Opst.*, II, blz. 116 e.v.; ASSER-BEEKHUIS, II, blz. 44 e.v.; SMITS, WPNR 3690; BOLL, diss. Utrecht 1913; ASSER-SCHOLTEN, II, blz. 129; WIJNSTROOM, diss. Amsterdam 1921; HELMICH, diss. Nijmegen 1945; OKMA, diss. Amsterdam 1945; SCHELTEMA, WPNR 3417 e.v., *Verspr. Geschr.* blz. 28 e.v.; ZONDERLAND, WPNR 5295 en 5296; AFTINK, NJB 1976, blz. 753 e.v.

Niet alleen het geval zelf doet aan rechtsverwerking denken, o.a. voorzover de buur door zijn houding toegestemd zou hebben in de voortgang van de bouw, maar ook de geciteerde overwegingen van de HR wijzen op een verband met rechtsverwerking. Een dergelijke afweging van belangen kan ook voor een beslissing omtrent rechtsverwerking noodzakelijk zijn.

Om dit verband tussen rechtsverwerking en misbruik van recht na te gaan is het van belang eerst enige verschillen tussen beide aan te geven en vervolgens te bezien of die verschillen houdbaar zijn. Vóór het grensoverschrijdende garage arrest werden criteria gehanteerd die er niet snel toe leidden dat uitoefening van een recht misbruik was. Uit de — op dit punt niet geheel duidelijke — arresten van 13 maart 1936, NJ 1936 - 415, 2 april 1937, NJ 1937 - 639 (Watertorenarresten) en 2 december 1937, NJ 1938 - 353 (Lentse schutting) worden meestal als maatstaven afgeleid: een gebruik van een (eigendoms)recht zonder redelijk doel of: uitoefenen van een recht met de uitsluitende bedoeling een ander te benadelen. Als men alleen al denkt aan de bewijsproblemen die voor de benadeelde rijzen, is het duidelijk dat een beroep op misbruik van recht niet bepaald aantrekkelijk was.

De vraag rijst nu of het zinvol is voor rechtsverwerking en misbruik van recht een verschillende grondslag aan te nemen. Gaat het inderdaad om verschillende normen bij misbruik van recht en rechtsverwerking? M.i. is dat niet het geval. De goede trouw beheerst de rechtsverhouding tussen personen die tot elkaar in een bijzondere relatie staan, waarbinnen men hogere eisen aan het rekening houden met elkaar mag stellen dan indien er niet een dergelijke relatie is. Buiten deze bijzondere verhoudingen geldt de zwakkere eis van zorgvuldigheid, die bij schending een onrechtmatige daad oplevert(45). De werking van de goede trouw is niet beperkt tot overeenkomsten(46).

In het algemeen kan juist een bijzondere verhouding tussen twee personen tot misbruik van recht leiden. Het grensoverschrijdende garage arrest zelf is al een voorbeeld. Aan de gedragingen van burens ten opzichte van elkaar mag men hogere eisen stellen dan het verlangen van zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer in het algemeen in acht moet worden geno-

(43) Verz. Opst. I, blz. 62 e.v., in het bijz. blz. 74 e.v.

(44) Zie art. 8 lid 2 van de Inleidende titel van het Ontwerp BW.

(45) Zie PRULO, *Verbintenissenrecht*, blz. 251.

(46) De verhouding tussen mede-erfgenamen wordt door de goede trouw beheerst: HR 20 december 1946, NJ 1947 - 59 en HR 12 mei 1972, NJ 1973 - 53. De ontbonden huwelijksgemeenschap na echtscheiding: HR 9 mei 1952, NJ 1953 - 563. Uit het recente arrest van 26 januari 1979, NJ 1979 - 452 kan wellicht worden afgeleid dat de goede trouw van belang kan zijn bij (het beëindigen van) een reeks van erfpacht. Zie de noot van W.M. Kleijn.

men. Ook in andere arresten waarin de vraag naar misbruik van recht aan de orde kwam was een dergelijke bijzondere verhouding tussen twee personen aanwezig. Zie bijv. HR 26 juni 1959, NJ 1961 - 553. In een echtscheidingsprocedure was hoger beroep opzettelijk pas in de laatste ogenblikken van de beroepstermijn ingesteld door de man om de niet-ontvankelijkheid van de vrouw in haar eis in conventie te bewerken. De HR nam in dit geval misbruik van recht aan, wat m.i. nu juist verklaarbaar is als men het standpunt inneemt dat ook partijen in een procedure in een bijzondere verhouding staan waardoor zij ook met elkaars belangen rekening moeten houden. Daaraan doet niet af dat zij „tot elkaar zijn gekomen” om elkaars standpunt te bestrijden: zij zijn beperkt in de middelen die zij daarbij mogen gebruiken. Verder kan nog worden gewezen op HR 14 juni 1940, NJ 1941 - 109 (merkenrecht) en HR 4 september 1942, NJ 1942 - 617 (faillissementsaanvraag).

Als er meestal een bijzondere verhouding is die met zich meebrengt dat bij een beroep op misbruik van recht aan zwaardere normen moet worden getoetst dan de zorgvuldigheidsnormen van artikel 1401 BW, dan is een van de belangrijkste verschillen die veelal worden gemaakt tussen misbruik van recht en rechtsverwerking in feite slechts schijn. Misbruik van recht en rechtsverwerking overlappen elkaar dan ten dele. Als bijvoorbeeld in het geval dat tot het grensoverschrijdende garage arrest heeft geleid de eigenaar door zijn houding tijdens de bouw had laten merken dat hij er geen bezwaar tegen zou hebben als de muur achteraf in geringe mate op zijn perceel zou blijken te staan (wellicht tegen een aanbod tot schadevergoeding), dan kan het misbruik van recht zijn een vordering in te stellen op grond van de overwegingen van de HR in dit arrest zelf. Ook is er dan van rechtsverwerking sprake wegens de bijzondere verhouding tussen burens onderling. De uitoefening van het recht verwijdering te vorderen kan in strijd zijn met de goede trouw die de verhouding tussen burens beheerst. Rechtsverwerking is dan mogelijk buiten contractuele verhoudingen en omgekeerd is er geen beletsel ook binnen het kader van een overeenkomst misbruik van recht aan te nemen.

Tot welke gevolgen leidt deze schets van het verband tussen misbruik van recht en rechtsverwerking? Is het niet louter een kwestie van naamgeving? Dat dit niet zo is blijkt bij een vergelijking van de (schaarse) criteria aan de hand waarvan een beroep op misbruik van recht en op rechtsverwerking moet worden beoordeeld. Als beide bepaald worden door vergelijkbare normen is er geen reden die criteria uiteen te laten lopen zoals nu het geval is. De door de HR in het grensoverschrijdende garage arrest geformuleerde maatstaf is weliswaar een verbetering, maar toch nog wat te beperkt, hetgeen mede uit een vergelijking met rechtsverwerking

blijkt. Volgens dit arrest moet het nadeel voor een ander op zichzelf beschouwd en in verhouding tot het bedrag dat de rechthebbende bij uitoefening heeft, zo groot zijn dat de rechthebbende in redelijkheid niet tot gebruik van zijn recht had kunnen komen, de verdere omstandigheden in aanmerking genomen. Dit is een soort marginale toetsing (47): pas bij een hoge mate van onbillijkheid wordt de uitoefening van het recht beperkt. Anders gezegd: er moet heel wat gebeuren voordat de rechter tot het oordeel komt dat een bepaalde wijze van uitoefenen van een recht onaanvaardbaar is. Een beroep op misbruik van recht wordt dan ook niet vaak gedaan.

Bij rechtsverwerking wordt wel volledig getoetst. Tot rechtsverwerking kan de rechter besluiten ook al is het nadeel voor een wederpartij op zichzelf wellicht niet zo groot, als alle omstandigheden tesamen het gebruik van het recht in strijd met de goede trouw doen zijn. De HR zelf beperkt zich bovendien bij een beroep op rechtsverwerking niet tot een marginale toetsing van de omstandigheden die de lagere rechter aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, zoals in de vorige paragraaf is uiteengezet. Omdat het bij misbruik van recht en rechtsverwerking om in beginsel dezelfde normen gaat en beide veelal niet van elkaar te onderscheiden zijn (48), behoort er m.i. geen plaats te zijn voor een verschil in benadering (49). Het door de HR in het grensoverschrijdende garage arrest aangegeven criterium zou daarom verruimd kunnen worden door er bij de beoordeling niet slechts op te letten of de rechthebbende „naar redelijkheid niet tot de uitoefening van zijn recht had kunnen komen”. Omstandigheden en meer in het algemeen overwegingen die tot rechtsverwerking kunnen leiden, kunnen ook bij de beoordeling van een beroep op misbruik van recht relevant zijn. In het bijzonder kan men bijv. t.a.v. de vraag of gebruik van het eigendomsrecht onder bepaalde omstandigheden niet als misbruik moet worden bestempeld, bij verruiming van het criterium meer invloed toekennen aan (wijzigingen in) maatschappelijke opvattingen. Deze kunnen mede de inhoud en daarmee de grenzen van een bepaald recht aangeven. De hier getrokken parallel kan derhalve tot grotere veranderingen in de beoordeling van misbruik van recht aanleiding geven dan het wellicht lijkt.

Ook andere rechtsfiguren dan misbruik van recht hangen samen met rechtsverwerking en vloeien soms daarin over. Behalve bij (een gewekt vertrouwen in) afstand van recht, verjaring en verval blijkt dit ook moge-

(47) Verg. de noot van Houwing bij NJ 1971 - 89 en Abas *t.a.p.*, blz. 57 e.v.

(48) Tenzij men aan het toch wel willekeurige onderscheid zou vasthouden dat misbruik van recht in tegenstelling tot rechtsverwerking altijd buiten contractuele verhoudingen vmorkomt.

(49) Zie ook AAFINK, NJB 1976, blz. 753 e.v.

lijk te zijn als de onrechtmatigheid door bepaalde gedragingen van de gelaedeerde wordt opgeheven. Zie HR 31 januari 1969, NJ 1969 - 241. Het Hof had beslist dat een vordering op grond van een onrechtmatige daad die de gelaedeerde had ingesteld omdat zijn buurman zand aan zijn perceel had onttrokken, niet kon worden toegewezen nu de gelaedeerde met het gedrag van zijn buurman had ingestemd. De HR achtte dit oordeel van het Hof juist, ook al zou de door het Hof gebruikte term rechtsverwerking hier niet op zijn plaats zijn geweest (50). Vergelijkbaar is HR 28 oktober 1977, NJ 1978 - 86. Het overplakken van het merk van een fiets was in beginsel onrechtmatig tegen de vervaardiger van de fiets. *In casu* was stilzwijgend toestemming gegeven, althans de indruk gewekt dat geen bezwaar bestond tegen het overplakken, zodat de onrechtmatigheid werd opgeheven. Terminologisch is er in dergelijke gevallen het probleem dat rechtsverwerking in het algemeen betrekking heeft op een recht dat bestaat, maar wegens de bijzondere omstandigheden niet kan worden uitgeoefend. In de beide genoemde arresten verhinderde de houding van de tegenpartij het ontstaan zelf van het recht op schadevergoeding. Belangrijker is wellicht dat omstandigheden die gewoonlijk (binnen het kader van de goede trouw) rechtsverwerking als gevolg kunnen hebben, hier mede bepalend kunnen zijn voor de onzorgvuldigheid van bepaalde handelingen. Zoals bijv. bij een gewekt vertrouwen in afstand van recht de goede trouw de uitoefening van het recht kan beperken, wordt hier het ontstaan van het recht belemmerd omdat de onzorgvuldigheid wordt weggenomen door het vertrouwen (51).

Tenslotte zou ik nog willen wijzen op het verband tussen rechtsverwerking en de exceptio non adimpleti contractus. Als de ene partij bij een wederkerige overeenkomst niet of ondeugdelijk presteert, kan hij soms, wederom op grond van de goede trouw, niet van zijn kant de hem toekomende prestatie verlangen (52). Bij een koopovereenkomst wordt een beroep op de exceptie meestal toegelaten. Ook bij andere overeenkomsten acht de HR de exceptie niet onmogelijk, ook al worden stringente eisen gesteld. Of bijv. een huurder bevoegd is zijn betaling op te schorten (53) tot de verhuurder aan zijn verplichtingen heeft voldaan, wordt bepaald door de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 1374 lid 3). Een beroep op de exceptie is dus mogelijk, maar de HR vervolgt met de overweging dat de onderhoudsverplichting van de verhuurder en de betalingsverplichting van de huurder niet zodanig samenhangen dat een opschorting anders dan

(50) Verg. ABAS, *t.a.p.*, blz. 325 e.v. en G.H.A. SCHUS, *Onrechtmatige daad*, 1979, blz. 75.

(51) Het vertrouwen bepaalt de norm, waarmee dan niet in strijd wordt gehandeld.

(52) Zie ASSER-RUTTEN, II, blz. 332 e.v.

(53) HR 30 juni 1978, NJ 1978 - 693 (THEUNISSEN-VERSTAPPEN).

bij uitzondering met die eisen in overeenstemming is in verband met het stelsel van de wet.

In wezen is *de exceptio non adimpleti contractus* een afzonderlijk tot ontwikkeling gekomen en in het Ontwerp BW ook afzonderlijk geregelde (54) vorm van rechtsverwerking (55), waarvan het gevolg niet is een volledig tenietgaan van een recht, maar een opschorting ervan. Wegens dit verband tussen beide zou men kunnen aannemen dat de exceptie niet slechts is toegelaten als wanprestatie wordt gepleegd (56). Ook een schending van een bijkomende verplichting kan onder bepaalde omstandigheden een beroep gerechtvaardigd doen zijn. Men kan nog verder gaan door de goede trouw die de grondslag van de exceptie is, ook deze werking te laten hebben dat een gehele of gedeeltelijke schending van een verbintenis uit een wederkerige overeenkomst tot bijv. een vermindering van de verbintenis van de wederpartij leidt.

Omgekeerd kunnen uit de bestaande regels m.b.t. de exceptie ook gevolgtrekkingen worden gemaakt voor rechtsverwerking zelf. In de eerste plaats blijkt dat aan rechtsverwerking niet altijd een geheel tenietgaan van het recht behoeft te worden verbonden. Dit aspect zal in de volgende paragraaf worden uitgewerkt. In de tweede plaats rijst de vraag of in het Ontwerp BW niet een nadere regeling van rechtsverwerking op zijn plaats zou zijn, nu voor een bijzondere vorm daarvan (de exceptie) wel deelregels zijn geformuleerd binnen de goede trouw. Ook bij deze vorm van rechtsverwerking is de HR ertoe overgegaan soms heel specifieke deelregels op te stellen. In het arrest van 4 maart 1977, NJ 1977 - 337 (noot G.J. Scholten) (Kleurentelevisie) werd beslist dat uit een blijven gebruiken van een nieuw televisietoestel dat wat beeld en geluid betreft niet goed functioneert, geen aanvaarding (waarna geen succesvol beroep op de exceptie meer zou kunnen worden gedaan) mag worden afgeleid zolang de handelaar het apparaat bij de koper laat staan. De wens om tot een grotere mate van consumentenbescherming te komen kan op deze wijze de beoordeling van rechtsverwerking (door de handelaar of door de koper?) beïnvloeden.

XI. GEVOLGEN VAN RECHTSVERWERKING

Door rechtsverwerking kan een recht tenietgaan; de term zelf houdt dit al in. Nu de goede trouw de grondslag van rechtsverwerking is zijn er ook andere mogelijkheden. De goede trouw leidt er niet toe dat aan een derde

(54) Art. 6.1.6A.1 e.v. i.v.m. 6.5.4.2.

(55) Verg. ook HOUWING, t.a.p. blz. 73 e.v.

(56) Zie ASSER-RUITEN, II, blz. 335 e.v.

een voordeel moet worden verleend ten koste van de rechthebbende. De mate waarin de derde nadeel heeft geleden is in het algemeen mede bepalend voor de gevolgen die aan een terecht gedaan beroep op rechtsverwerking moeten worden verbonden.

Houwing (57) is van mening dat als de rechthebbende bij een ander het vertrouwen wekt dat hij een recht prijsgeeft, terwijl zijn wil daar in werkelijkheid niet op gericht is, in beginsel de schade die door het vertrouwen is geleden moet worden vergoed. Hij bespreekt de mogelijkheden die de goede trouw in dit opzicht biedt aan de hand van drie arresten (58) waarvan vooral HR 11 november 1960, NJ 1960 - 599 illustratief is. Aan een afnemer van elektriciteit waren gedurende vier jaar ten gevolge van een berekeningsfout te lage rekeningen gezonden. Daardoor had de afnemer zijn kostprijs te laag berekend en zou hij verlies lijden als het te weinig betaalde zou kunnen worden teruggevorderd. De HR besliste dat deze navordering mogelijk is, maar dat de afnemer wellicht recht heeft op vergoeding van de schade die zijn wederpartij aan hem had toegebracht. Ook, het arrest van 10 februari 1967, NJ 1967 - 212 (De Zaan-Intercoal) geeft steun aan deze opvatting dat de goede trouw ruimte biedt voor nuancering in de rechtsgevolgen. Onder omstandigheden kan, aldus de HR, de goede trouw de rechthebbende in zijn beroep op het recht beperken.

Het is opvallend dat deze verfijning van rechtsgevolgen in latere rechtspraak nauwelijks wordt uitgewerkt. Het arrest van de HR van 12 mei 1972, NJ 1973 - 53 (Van der Dong) bijv. is voor wat betreft de belangrijkste overwegingen vrijwel gelijk aan het genoemde arrest De Zaan-Intercoal behalve nu juist op het punt waar het hier om gaat. In 1972 werd namelijk overwogen dat de uitoefening van bepaalde rechten met de goede trouw in strijd kan zijn. Dit wijst op een tenietgaan van deze rechten. Volgens HR 29 november 1974, NJ 1975 - 211 (Hensels-Seegers en Musters) kon de werkgever zijn werknemer alleen dan aan zijn met zijn werkelijke wil niet overeenstemmende verklaring dat hij ontslag nam houden, wanneer hij in gerechtvaardigd vertrouwen op die verklaring iets heeft gedaan waardoor hij bij ongedaanmaking van het ontslag in een ongunstiger toestand zou komen dan waarin hij zonder die ontslagneming zou hebben verkeerd. Hier wordt de goede trouw zelfs niet genoemd (59). Dit arrest laat mis-

(57) *T.a.p.*, blz. 39 e.v. en 62 e.v.; zie ook de noot van G.J. SCHOLTEN bij NJ 1967 - 212; VERHEUL, VERDAM-bundel, blz. 85 e.v.; VAN DUNNÉ, *t.a.p.*, blz. 81; ABAS, *t.a.p.*, blz. 323 e.v.; AAFINK, *t.a.p.*, blz. 100 e.v. en NIEUWENHUIS, WPNR 5341 en 5342.

(58) Behalve het arrest van 1960: HR 3 mei 1963, NJ 1964 - 486 en HR 10 februari 1967, NJ 1967 - 212.

(59) Verg. ook NJ 1976 - 223.

schien wel de mogelijkheid open dat aan een dergelijke ontslagname andere gevolgen dan een volledige gebondenheid vastgeknoopt worden, omdat de beslissing van de HR uitsluitend betrekking had op de vraag wanneer de werknemer aan zijn verklaring dient te worden gehouden. Steun voor de opvatting dat een gerechtvaardigd vertrouwen in beginsel slechts aanleiding geeft tot vergoeding van de door dit vertrouwen veroorzaakte schade, of voor een andere nuancering in rechtsgevolgen, vindt men in deze latere rechtspraak in elk geval niet.

Ten aanzien van rechtsverwerking zelf is het m.i. juist dat de goede trouw ook tot andere gevolgen kan leiden dan een volledig tenietgaan van een recht. Wel dreigt hier het gevaar dat met een verwijzing naar de goede trouw al te veel mogelijk wordt geacht zonder veel nadere argumentatie. Het is niet uitgesloten dat de rechtspraak waarin de deur voor dit verbinden van andere gevolgen aan o.a. rechtsverwerking dan een geheel tenietgaan van een recht open wordt gehouden zonder dat deze mogelijkheid in de praktijk verder wordt benut, een reactie is op een te gemakkelijk hanteren van de goede trouw als middel om allerlei verbintenissen te laten ontstaan en tenietgaan.

M.i. kan ook voor het vaststellen van de rechtsgevolgen van rechtsverwerking de in paragraaf VI e.v. uitgewerkte onderscheiding van belang zijn. Rechtsverwerking kan berusten op vertrouwen in afstand van recht en rechtstreeks op de goede trouw. In de gevallen waarin rechtsverwerking wordt gebaseerd op een gerechtvaardigd vertrouwen dat een recht is prijsgegeven (zonder dat daartoe bij de rechthebbende in werkelijkheid de wil aanwezig was) zal naar ik meen meestal tot een tenietgaan van het recht moeten worden geconcludeerd. De billijkheid gebiedt niet dat de wederpartij zich in beginsel tevreden moet stellen met schadevergoeding terwijl het recht van de ander gehandhaafd blijft. Juist in gevallen als in de genoemde arresten *De Zaan-Intercoal* en *Van der Dong* heeft de wederpartij die op het vertrouwen heeft voortgebouwd er belang bij, indien tot rechtsverwerking zou moeten worden besloten, dat de schijn als werkelijkheid wordt beschouwd. In deze gevallen van op een gerechtvaardigd vertrouwen berustende rechtsverwerking wordt het vertrouwen pas gehonoreerd wanneer de wederpartij een nadeel heeft geleden, bijvoorbeeld door voortbouwende handelingen, en in deze gevallen zal het nadeel veelal aanzienlijk zijn. Door zijn handelen is zijn rechtspositie vaak definitief veranderd (dit blijkt bijv. duidelijk in het arrest van 15 januari 1932, NJ 1932 - 380; de liquidatie van een pensioenfonds), waardoor zijn belangen zich verzetten tegen een laten bestaan van het recht van degene die de schijn heeft gewekt onder aanbidding van schadevergoeding. Als men de rechtspraak omtrent rechtsverwerking nagaat (de

meeste jurisprudentie op dit punt sinds 1968 is in dit preadvies vermeld) dan was er in de meeste gevallen, als er al tot rechtverwerking moest worden besloten, een laten voortbestaan van het recht tegen betaling van schadevergoeding weinig voor de hand liggend. In beginsel zal dan ook een bescherming op grond van de goede trouw van degene die vertrouwd heeft het best kunnen geschieden door zijn vertrouwen te honoreren en niet door een verplichting tot schadevergoeding op te leggen, nog afgezien van de vraag waar zo'n verplichting dan op zou berusten (60). Wel kan er aanleiding toe bestaan de rechthebbende slechts gedeeltelijk in de uitoefening van zijn recht te beperken, of het gebruik slechts tijdelijk op te schorten, welk rechtsgevolg ook aan de afzonderlijk geregelde vorm van rechtsverwerking, de *exceptio non adimpleti contractus*, is verbonden. In die gevallen waarin rechtsverwerking niet op een van de werkelijk bestaande wil afwijkend vertrouwen berust, worden de rechtsgevolgen niet meer mede bepaald door het belang van de wederpartij bij honorering van zijn vertrouwen wegens het door hem geleden nadeel. Er zijn dan in de gevolgen van rechtsverwerking (nog) meer variatiemogelijkheden, omdat het beginsel dat bij het vertrouwen moet worden aangesloten vervalst. De overwegingen die tot een toewijzen van het beroep op rechtsverwerking leiden zijn ook bepalend voor de gevolgen die eraan worden verbonden, vooral in verband met het door de wederpartij geleden nadeel. In paragraaf VIII is als een van die overwegingen genoemd de snelheid waarmee een bepaalde overeenkomst moet worden uitgevoerd. In het geval dat tot het Pekingeedenarrest heeft geleid (61) werden de opeenvolgende leveranties spoedig door de afnemer gebruikt. Eventuele klachten omtrent de kwaliteit moet de koper dan snel aan de leverancier overbrengen, maar deze mag op zijn beurt ook niet te lang wachten met het meedelen van zijn standpunt. Hij zou anders de koper de mogelijkheid ontnemen bewijs te leveren omtrent de gebreken in de prestatie. Als de leverancier niet voldoende snel gezien de aard van de transactie op een klacht heeft gereageerd, kan de goede trouw wellicht met zich mee brengen dat de bewijslast wordt omgedraaid: voorzover op de koper de bewijslast zou rusten de gebreken aan te tonen dient dan de verkoper de goede kwaliteit te bewijzen. Dit zou dan weer tot gevolg kunnen hebben dat als de leverancier slaagt in zijn bewijsvoering, de afnemer geen kans ziet door het gedrag van de ander tegenbewijs te leveren. Het gevolg van rechtsverwerking kan dan in zoverre worden verfijnd dat de bewijslast slechts wordt

(60) Geheel ondenkbaar is het niet, de goede trouw als grondslag te beschouwen van een verplichting tot schadevergoeding bij rechtsverwerking. M.i. zal er echter niet snel aanleiding toe zijn.

(61) HR 5 april 1968, NJ 1968 - 251.

omgekeerd als de afnemer, indien nodig, nog tegenbewijs kan leveren (62).

Als grondslag voor deze gevolgen van rechtsverwerking kan weer de goede trouw gelden, maar in feite komt men hier buiten het specifieke terrein van rechtsverwerking. In een tussenvonnis draagt de rechter vaak aan een van partijen op zijn stellingen te bewijzen, waarbij hij op grond van de omstandigheden van het geval beslist op wie die last moet rusten. De goede trouw heeft hij dan niet nodig. Wel kunnen overwegingen die binnen het kader van de goede trouw de beslissing omtrent rechtsverwerking rechtvaardigen, ook voor het oordeel omtrent de verdeling van de bewijslast in deze gevallen van belang zijn.

XII. IS HET ZINVOL RECHTSVERWERKING TE ONDERSCHIEDEN BINNEN DE BEPERKENDE WERKING VAN DE GOEDE TROUW? REGELING IN HET ONTWERP BW?

Onder andere uit de arresten van de HR van 8 januari 1926, NJ 1926 - 203 en 19 maart 1926, NJ 1926 - 441 kan worden afgeleid dat een contractuele bepaling niet door de goede trouw mocht worden opzij gezet. Zolang dit het uitgangspunt was, behoefde de eerste vraag in het opschrift van deze paragraaf niet te worden gesteld. In de gevallen waarin aan het gedrag van een van de contractspartners verlies van een recht werd verbonden werd in wezen een uitzondering op dit beginsel gemaakt, ook al gebeurde dat veelal via de weg van een stilzwijgende afstand van recht. Om het beginsel te handhaven moesten de uitzonderingsgevallen (die niet tot rechtsverwerking beperkt bleven; zie Asser-Rutten II, blz. 248) onder een of meerdere categorieën worden samengebracht. Een daarvan was rechtsverwerking.

Waarschijnlijk heeft de HR het genoemde beginsel inmiddels verlaten. In het bijzonder het H.B.U. arrest (63), waarin overigens de goede trouw van art. 1374 BW niet wordt genoemd, en het Pseudo vogelpest arrest (64) leveren krachtige argumenten voor deze stelling. Voor een beschrijving van deze ontwikkeling zie men P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, diss. Amsterdam 1972, in het bijzonder blz. 109 e.v. Als die constatering juist is, is rechtsverwerking geen uitzonderingsgeval meer, maar een van de vele vormen waarin de beperkende werking van de goede trouw zich kan voordoen. (Terecht merkt Rutten (65) overigens op dat het

(62) Zie ook de noot van G.J. SCHOLTEN bij het Pekingeedenarrest.

(63) HR 19 mei 1967, NJ 1967 - 261.

(64) HR 20 februari 1976, NJ 1976 - 486.

(65) ASSER-RUTTEN, II, blz. 250.

beginsel dat de goede trouw beperkend kan werken, met gematigheid moet worden toegepast!) Behoeft nu geen afzonderlijke categorie „rechtsverwerking” meer te worden onderscheiden?

In het bijzonder kan men deze vraag stellen t.a.v. het Ontwerp BW. Volgens art. 6.1.1.2. heeft de goede trouw zowel aanvullende als beperkende werking. Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen. Ten aanzien van de beperkende werking geldt echter: „Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn” (66). Men kan zich afvragen of dit onderscheid tussen aanvullende en beperkende werking terecht wordt gemaakt en zelfs of het wel mogelijk is dit te doen, aangezien beide sterk samenhangen, maar deze problematiek wilde ik hier terzijde laten. Waar het om gaat is dat het Ontwerp terecht beperkende werking toelaat, maar geen nadere regeling geeft van rechtsverwerking.

Het is een belangrijk winstpunt dat in het Ontwerp BW de beperkende werking van de goede trouw mogelijk is, maar ik vraag mij af of het geen aanbeveling verdient op dit punt, met name voor rechtsverwerking, tot een meer uitgewerkte regeling te komen. Nu biedt het Ontwerp BW aan degene die het recht moet toepassen zeer weinig steun in deze materie. Het is weliswaar een voordeel dat op deze wijze ruimte wordt gelaten voor toekomstige ontwikkelingen, vooral in de rechtspraak, maar deze behoeven door bijv. niet-limitatieve richtlijnen te geven ook niet te worden belemmerd. M.i. is het zinvol rechtsverwerking te (blijven) onderscheiden binnen de beperkende werking van de goede trouw omdat zo een meer verfijnde deelregeling kan worden gegeven. Deze zou goed in de structuur van het Ontwerp passen omdat daarin verschillende deelregelingen binnen het grote geheel van de goede trouw voorkomen, bijv. van de *exceptio non adimpleti contractus* (art. 6.1.6A.1. en 6.5.4.2.) en de ontbinding van een overeenkomst bij gewijzigde omstandigheden (art. 6.5.3.11.). In art. 8 van de Inleidende titel is ook misbruik van recht geregeld, waarvan rechtsverwerking veelal niet kan worden onderscheiden (zie paragraaf X). Minder goed zou een dergelijke regeling wellicht in overeenstemming te brengen zijn met art. 3.2.3. Een zonder meer honoreren van een gerechtvaardigd vertrouwen staat een genuanceerde regeling van rechtsverwerking in de weg. In paragraaf VII zijn al enkele bezwaren tegen dit artikel aangegeven, op grond waarvan wijziging ervan m.i. toch al aanbeveling verdient. Een nadere regeling

(66) Verg. ook art. 6.5.3.1.

van rechtsverwerking, waarin vooral rekening wordt gehouden met de ontwikkelingen in de rechtspraak die in dit preadvies zijn geschetst, mag door dit artikel niet worden verhinderd. Vooral voor de praktijk zou een dergelijke regeling wenselijk zijn.

XIII. SAMENVATTING

In het Nederlandse recht is rechtsverwerking vooral in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen. Aanvankelijk werd vrijwel altijd als grondslag gezien een stilzwijgende afstand van recht. Een recht kon geheel of gedeeltelijk tenietgaan, als een volledige uitoefening in strijd zou zijn met het voorafgaande gedrag van de rechthebbende zelf, waaruit zijn op prijsgeven gerichte wil kon worden afgeleid.

Omdat afstand van recht als grondslag werd beschouwd, leek rechtsverwerking op de wet te zijn gebaseerd, omdat verschillende vormen van prijsgeven daarin zijn geregeld. Afstand van recht is een rechtshandeling die is gericht op het verlies van een recht door de rechthebbende, zonder tevens een overdracht van dit recht te zijn aan een ander. Door een afstand wordt een recht buiten het vermogen gebracht. Daardoor kan het tenietgaan, maar het is ook mogelijk dat een ander het verkrijgt, bijvoorbeeld bij een afstand van de gemeenschap van goederen, omdat de wet dit bepaalt. Afstand van recht dient te worden onderscheiden van levering: als door een prijsgeven het recht al aan een ander toekomt, gebeurt dit onafhankelijk van een verklaring van die ander die op dit rechtsgevolg is gericht.

De constructie van rechtsverwerking als afstand van recht heeft verschillende bezwaren. Het is veelal een fictie, namelijk indien bij de rechthebbende niet de werkelijke wil aanwezig is om prijs te geven en indien bij een wederpartij ook niet een gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt. Bovendien komen de werkelijke argumenten om rechtsverwerking aan te nemen door deze constructie niet aan het licht.

Sinds 1952 wordt in de rechtspraak consequent aangenomen dat de goede trouw de rechthebbende in de uitoefening van zijn recht kan beperken, als dit gebruik in strijd is met zijn voorafgaande gedrag. Een van de belangrijkste gevallen van beperkende werking kan aanwezig zijn als de rechthebbende bij een wederpartij een gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt (in strijd met zijn werkelijke wil) dat hij afstand doet, terwijl die wederpartij op de gewekte schijn heeft voortgebouwd en daardoor in een ongunstiger positie zou komen als zijn vertrouwen niet zou worden gehonoreerd, dan wanneer hij niet had vertrouwd.

Nu de goede trouw als grondslag wordt genomen moet het accent liggen op de vraag onder welke omstandigheden een recht wordt verwerkt. Een algemeen vereiste is dat een ander door het gedrag van de rechthebbende nadeel heeft geleden, bijvoorbeeld omdat hij op het vertrouwen heeft voortgebouwd. Verder kunnen maatschappelijke opvattingen van groot belang zijn om in een bepaald geval rechtsverwerking aan te nemen. Zo kon bijvoorbeeld de rechtspositie van de consument verbeterd worden door uit een in ontvangst nemen van de geleverde zaak en een gebruiken daarvan niet te snel aanvaarding en daarmee verwerking van zijn recht om te ageren wegens ondeugdelijke levering af te leiden. Een overweging om tot rechtsverwerking te besluiten kan ook zijn dat een van de contractspartijen zijn gedrag niet voldoende heeft aangepast aan de snelheid waarmee de overeenkomst moet worden uitgevoerd; hij heeft bijvoorbeeld te lang gewacht met het instellen van een vordering en daardoor aan de ander de mogelijkheid ontnomen de deugdelijkheid van de prestatie te bewijzen.

De Hoge Raad is in recente rechtspraak strenge eisen gaan stellen aan de wijze van beoordeling door de lagere rechter van de omstandigheden die deze voor zijn beslissing omtrent rechtsverwerking van belang achtte en aan de concrete vermelding van die omstandigheden. Bovendien rekent de Hoge Raad in een sterkere mate dan vroeger de beoordeling van die omstandigheden tot zijn taak, waardoor hij bijdraagt aan het ontstaan van „deelregels” binnen de werking van de goede trouw.

Misbruik van recht en rechtsverwerking worden in wezen door dezelfde (goede trouw) normen beheerst. Bovendien overlappen beide elkaar: in vele gevallen kan zowel een beroep op misbruik van recht als op rechtsverwerking gedaan worden. Het is daarom niet juist een beroep op misbruik van recht op een andere wijze te beoordelen (via „marginale toetsing”) dan rechtsverwerking.

Door de werking van de goede trouw kunnen aan een terecht gedaan beroep op rechtsverwerking ook andere gevolgen verbonden worden dan een geheel tenietgaan van het recht. Weliswaar zal in gevallen waarin rechtsverwerking op een vertrouwen in afstand van recht wordt gebaseerd in beginsel bij dit vertrouwen moeten worden aangesloten (door het recht geheel of ten dele te laten tenietgaan), maar in andere gevallen zijn er meer variatiemogelijkheden, bijvoorbeeld een omkering van de bewijslast.

Nu in het Nederlandse recht de beperkende werking van de goede trouw vrij algemeen erkend wordt, is rechtsverwerking een van de vormen daarvan geworden, maar wel een voor theorie en praktijk belangrijke vorm. Om deelregels te ontwikkelen aan de hand waarvan een beroep op rechtsverwerking beoordeeld kan worden, is het niet slechts zinvol rechtsverwerking binnen het kader van de goede trouw te blijven onderscheiden,

maar verdient ook een nadere regeling in het Ontwerp BW aanbeveling, waarin rekening zou kunnen worden gehouden met de ontwikkelingen die zich in de rechtspraak op dit punt hebben voorgedaan.

SOMMAIRE

RENONCIATION TACITE ET ABANDON DE DROIT

Dans le droit des Pays-Bas, la renonciation tacite à un droit (« *rechtsverwerking* ») est une construction essentiellement jurisprudentielle. A l'origine, elle était très généralement considérée comme basée sur un abandon tacite: un droit pouvait se perdre, en tout ou en partie, lorsque son exercice intégral aurait été en contradiction avec une attitude antérieure de l'ayant-droit dont pouvait se déduire sa volonté de l'abandonner.

Dans cette perspective, la renonciation tacite semblait fondée sur la loi elle-même, celle-ci réglant diverses formes d'abandon d'un droit. L'abandon est un acte juridique entraînant la disparition du droit pour son titulaire sans que ce droit soit transféré à autrui. L'abandon fait sortir le droit du patrimoine. De ce fait, le droit peut disparaître mais il peut également passer à un autre personne comme, par. ex., en cas de renonciation à la communauté de biens, parce que la loi en dispose ainsi. Il faut distinguer l'abandon de droit de la livraison: si, par l'abandon, le droit passe à une autre personne, ceci ne dépend pas d'une déclaration faite par cette dernière pour entraîner cette conséquence juridique.

La construction de la renonciation tacite comme abandon de droit soulève diverses objections. Il s'agit le plus souvent d'une fiction, notamment s'il n'y a pas une volonté réelle d'abandon chez l'ayant droit et si n'a pas été suscitée une légitime espérance en ce sens chez une autre personne. En outre, cette construction ne met pas en lumière les vrais arguments qui font admettre cette renonciation tacite.

Depuis 1952, la jurisprudence admet de manière conséquente que la bonne foi peut entraîner des limitations dans l'exercice de son droit par un ayant droit, lorsque cet exercice est en contradiction avec son comportement antérieur. Un des cas les plus importants peut se présenter lorsque l'ayant droit a suscité chez une autre personne une légitime espérance (en contradiction avec sa volonté réelle) qu'il abandonnera son droit et que cette autre personne s'est fondée sur l'apparence ainsi suscitée et se trouverait, si son espérance n'était pas honorée, dans une situation plus défavorable que si elle ne s'y était pas fiée.

La bonne foi étant admise comme base, il importe d'examiner dans quels cas il y a renonciation tacite à un droit. Une exigence générale est qu'un autre personne se trouve préjudiciée par l'attitude de l'ayant droit, par ex., parce qu'elle a bâti sur l'espérance suscitée. Par ailleurs, les conceptions sociales peuvent avoir une grande importance pour admettre, dans un cas donné, qu'il y a renonciation tacite. C'est ainsi qu'on a, par ex., pu améliorer la situation juridique du consommateur en ne déduisant pas trop vite de la réception et de l'utilisation de la chose livrée, son acceptation et, de ce fait, la renonciation tacite à son droit d'action pour cause de livraison défectueuse. Une considération pour conclure à la renonciation tacite peut être également qu'une des parties à un contrat n'a pas suffisamment adapté son comportement à la vitesse requise pour l'exécution du contrat: elle a, par. ex., attendu trop longtemps pour introduire une action et enlevé, de ce fait, à l'autre partie le possibilité de prouver que sa prestation était sans défaut.

Dans une jurisprudence récente, le *Hoge Raad* en est venu à fixer des exigences rigoureuses au mode d'appréciation, par le juge inférieur, des circonstances qu'il estime importantes pour sa décision en matière de renonciation tacite à un droit, et à l'indication concrète de ces circonstances. En outre, le *Hoge Raad* considère plus que par le passé qu'il lui appartient d'apprécier ces circonstances et il contribue par là à l'élaboration de « règles partielles » dans le jeu de la bonne foi. L'abus de droit et la renonciation tacite à un droit se trouvent ainsi essentiellement régies par les mêmes normes (la bonne foi). Ils se recouvrent d'ailleurs mutuellement : dans de nombreux cas, on peut faire appel aussi bien à l'abus de droit qu'à la renonciation tacite.

Apprécier un recours à l'abus de droit (par le contrôle marginal) autrement qu'une renonciation tacite constitue dès lors une erreur.

Le jeu de la bonne foi permet d'attacher également au recours à la renonciation tacite d'autres conséquences qu'une disparition complète du droit. Certes, dans les cas où la renonciation tacite à un droit est basée sur l'espérance de l'abandon de ce droit, il faudra, en principe, se rattacher à cette espérance (en faisant disparaître totalement ou partiellement ce droit) mais dans d'autres cas, plus de variations sont possibles, par. ex., un renversement de la charge de la preuve.

A présent que l'effet limitatif de la bonne foi est assez généralement reconnu dans le droit des Pays-Bas, la renonciation tacite à un droit en est devenue une des formes, mais une forme importante pour la théorie et la pratique. Pour développer les règles sur base desquelles peut s'apprécier un recours à la renonciation tacite, il ne convient pas seulement de continuer à distinguer cette renonciation tacite dans le cadre de la bonne foi, mais il se recommande également d'insérer dans le projet de Code civil des règles plus précises où il pourrait être tenu compte des développements intervenus sur ce point dans la jurisprudence.

SUMMARY

“REMOVAL” OF RIGHTS AND WAIVER OF RIGHTS

Under Dutch law, the notion of “removal” of rights has been developed chiefly by the courts. Initially, it was invariably considered that a tacit waiver of rights lay at the root of this concept: a right could cease to exist, either wholly or in part, if its exercise would be in conflict with a previous action by its owner from which his intention to give up the right concerned could be fairly concluded.

Because the waiver of rights was taken as a basis for this notion, the “removal” of rights seemed to be derived from statute law, since it provided for several forms of waiver. Waiver of rights is a legal action aimed at losing a right without at the same time transferring this right to another person. A waiver removes a right from a person's estate. This can mean that it becomes void, but could also entail that another person acquires it — e.g. in the case of a former spouse waiving his or her rights should be distinguished from transfer of rights: if a right is attributed to another by waiver, this is done independently of a statement by that other person which is aimed at this consequence at law.

A number of objections can be raised to the concept of the “removal” of rights. In most cases, it appears to have a fictional basis, i.e. that if the person who enjoys the right did not really intend to waive the right, and if the party of the second part has not been given justifiable grounds for his confidence. Moreover, the real arguments in favour of adopting the concept of “removal” of rights are not sufficiently highlighted.

As from 1952, court decisions have consistently accepted that *bona fides* can restrict the person who enjoys the right in his exercise of that right if it conflicts with his previous

actions. One of the most common cases of restrictive effect can be present when the person enjoying the right had vested the party of the second part with a justified confidence (contrary to his real intention) that he would waive the right, whereas that party of the second part had proceeded from this apparent situation and would, as a result, be placed in a worse situation if his confidence did not prove to be justified than if he had not put his confidence in the other party in the first place.

Now that the *bona fides* principle is taken as a basis, emphasis must be placed on the question of the circumstances under which a right is incorporated. A general requirement is that the conduct of the person enjoying the right has been prejudicial to at third party's interests, e.g. because the latter had proceeded on this trust. Social ideology can also play an important part in accepting the "removal" of rights in a particular case. Thus, for instance, it was possible to improve the legal position of the consumer by not being too hasty in concluding that, merely because the item supplied has been received and used, he has automatically accepted it and thus waived his right to take legal action for unsatisfactory delivery. One consideration which would lead us to conclude that the right had, in fact, been waived could be that one of the parties to the contract had not adjusted quickly enough to the rapidity with which the agreement is to be carried out; in this way, it would be argued that he waited too long before instituting a claim, and by so doing prevented the supplier from demonstrating the satisfactory nature of his performance.

In its recent decisions, the Dutch "Hoge Raad" (Supreme Court) has imposed increasingly stringent conditions on the lower courts for assessing the circumstances which are decisive in establishing whether or not there has been a waiver, and for specifying these circumstances. Moreover, the "Hoge Raad" reveals an increasing tendency to number among its tasks the assessment of these circumstances; by so doing, it makes its own contribution to the creation of "partial rules" in the operation of the *bona fides* principle.

Essentially, both misuse of law and "removal" of rights are governed by the same (*bona fide*) principle. Moreover, both overlap each other to a certain extent: in many cases, both misuse of law and "removal" of rights can be invoked. Consequently, it cannot simply be reduced to a difference in interpretation of the notion of misuse of law (through the marginal assessment technique).

By applying the *bona fides* principle, other consequences than the annulment of the right can be derived from a justified use of the notion of "removal" of rights. True, in cases where the "removal" of rights was based on a confident expectation that the right would be waived, this confidence must govern the system (by annulling the right either wholly or in part); other hypotheses, however, afford more scope for variation, such as the reversal of the burden of proof.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE „RECHTSVERWIRKUNG“ UND DER „VERZICHT AUF EIN RECHT“

Im niederländischen Recht ist die Rechtsverwirkung besonders in der Rechtspflege zur Entwicklung gekommen. Als Basis wurde zunächst fast immer ein stillschweigender Verzicht auf ein Recht genommen. Ein Recht konnte ganz oder teilweise verloren gehen, wenn dessen volle Ausübung im Widerspruch sein sollte, mit dem vorangehenden Benehmen des Berechtigten selbst, aus dem sein auf Verzicht gerichteter Wille abgeleitet werden konnte. Weil der Verzicht auf ein Recht als Basis betrachtet wurde, schien sich die Rechtsverwirkung auf das Gesetz zu gründen, da verschiedene Formen des Verzichts hierbei geregelt sind. Der Verzicht auf ein Recht ist eine Rechtshandlung, die auf den

Verlust eines Rechtes durch den Berechtigten gerichtet ist, ohne dass zu gleicher Zeit dieses Recht an einen anderen übertragen wird. Durch den Verzicht wird ein Recht ausserhalb des Vermögens gebracht. Hierdurch kann es verloren gehen, aber es ist auch möglich dass ein anderer es erwirbt, etwa bei dem Verzicht auf eine Gemeinschaft der Güter, weil das Gesetz es so verordnet. Der Verzicht auf ein Recht soll von der Lieferung unterschieden werden: Wenn auch durch einen Verzicht ein Recht einem anderen zusteht, geschieht dies unabhängig von einer Aussage dieses anderen, die diese Rechtsfolge beabsichtigen würde.

Die Rechtsform der Rechtsverwirkung als Verzicht auf ein Recht hat verschiedene Nachteile. Sie ist meistens fiktiv, wenn nämlich bei dem Berechtigten der tatsächliche Wille zum Verzicht nicht anwesend ist, und bei der Gegenpartei ein berechtigtes Vertrauen nicht geweckt wurde. Ausserdem werden die tatsächlichen Argumente zur Annahme der Rechtsverwirkung durch diese Form nicht ans Licht gebracht.

Seit 1952 wird in der Rechtsprechung folgerichtig angenommen, dass die Redlichkeit den Berechtigten in der Ausübung seiner Rechte beschränken kann, wenn dieser Brauch seinem vorangehenden Benehmen widerspricht. Einer der wichtigsten Fälle einer einschränkenden Wirkung kann sich ergeben, wenn der Berechtigte bei der Gegenpartei ein berechtigtes Vertrauen geweckt hat (seinem eigentlichen Willen widersprechend) dass er verzichtet, während die Gegenpartei auf dem geweckten Schein weitergebaut hat und dadurch in eine ungünstigere Position geraten würde falls sein Vertrauen nicht honoriert würde als in dem Falle wo er kein Vertrauen gehabt hätte.

Wenn nun die Redlichkeit als Basis genommen wird, soll die Frage betont werden, unter welchen Umständen ein Recht verwirkt wird. Ein allgemeines Erfordernis ist, dass ein anderer durch das Benehmen des Berechtigten benachteiligt worden ist, weil er etwa auf dem Vertrauen weitergebaut hat. Weiter können gesellschaftliche Ansichten von grosser Bedeutung sein um in einem bestimmten Fall die Rechtsverwirkung anzunehmen. So konnte beispielsweise die Rechtslage des Verbrauchers verbessert werden, indem nicht zu rasch aus der Empfangnahme einer gelieferten Ware und aus deren Verwendung die Annahme und damit die Verwirkung des Rechtes zur Verklagung wegen untauglicher Lieferung abgeleitet wurde. Ein Entscheidungsgrund zur Rechtsverwirkung könnte auch sein, dass einer der Vertragsgegner ungenügend sein Benehmen der Zügigkeit mit der der Vertrag ausgeführt werden sollte, angepasst hat; er hat beispielsweise zu lange mit der Einleitung einer Klage gewartet und dadurch dem anderen die Möglichkeit entnommen die Tauglichkeit der Leistung zu beweisen.

Der Oberste Gerichtshof stellt in der jüngsten Rechtspflege hohe Anforderungen an die Beurteilungsweise durch den unteren Richter der Umstände, die dieser für seine Entscheidung zur Rechtsverwirkung als wichtig betrachtete und an die konkrete Erwähnung dieser Umstände. Ausserdem rechnet das Oberste Gericht in grösserem Masse als vorher die Beurteilung dieser Umstände zu seiner Aufgabe, wodurch es zu dem Entstehen von „Teilverordnungen“ innerhalb der Wirkung von Treu und Glauben beiträgt.

Rechtsmissbrauch und Rechtsverwirkung werden im Grunde von denselben (Treu und Glaube) Normen beherrscht. Ausserdem überschneiden sich beide: in vielen Fällen kann man sich sowohl auf einen Rechtsmissbrauch wie auf eine Rechtsverwirkung berufen. Deswegen ist es nicht richtig eine Berufung auf Rechtsmissbrauch auf eine andere Weise als Rechtsverwirkung zu beurteilen (via marginale Nachprüfung).

Durch die Wirkung von Treu und Glauben können mit einer berechtigten Berufung auf Rechtsverwirkung auch andere Folgen als ein völliges Zunichtgehen des Rechtes verbunden werden. Allerdings wird sich die Rechtsverwirkung, in den Fällen in denen sie sich auf das Vertrauen auf den Verzicht eines Rechtes gründet, im Prinzip an dieses Vertrauen

anschiessen müssen (indem das Recht ganz oder teilweise zunichte gemacht wird), aber in anderen Fällen gibt es jedoch mehr Variationsmöglichkeiten, zum Beispiel die Umkehrung des Beweislastes.

Nun da im niederländischen Recht die einschränkende Wirkung von Treu und Glauben ziemlich allgemein anerkannt wird, ist die Rechtsverwirkung eine deren Formen geworden, sei es dann auch eine für Theorie und Praxis wichtige Form. Um Teilregeln entwickeln zu können, mit deren Hilfe eine Berufung auf Rechtsverwirkung beurteilt werden kann, ist es nicht nur sinnvoll die Rechtsverwirkung weiter im Rahmen von Treu und Glauben zu unterscheiden sondern empfiehlt es sich auch eine nähere Regelung im Entwurf BGB zu beachten, in der die Entwicklungen die sich in dieser Hinsicht in der Rechtspflege gezeigt haben, berücksichtigt werden sollten.