

Rechtsverwerking en procesrechtsmisbruik: de kunst van de sherryverkoop

Van Doninck, Jachin

Published in:

Liber Amicorum Ludovic De Gryse

Publication date:

2012

Document Version:

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Van Doninck, J. (2012). Rechtsverwerking en procesrechtsmisbruik: de kunst van de sherryverkoop. In *Liber Amicorum Ludovic De Gryse* (blz. 535-546). Larcier.

Copyright

No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form, without the prior written permission of the author(s) or other rights holders to whom publication rights have been transferred, unless permitted by a license attached to the publication (a Creative Commons license or other), or unless exceptions to copyright law apply.

Take down policy

If you believe that this document infringes your copyright or other rights, please contact openaccess@vub.be, with details of the nature of the infringement. We will investigate the claim and if justified, we will take the appropriate steps.

RECHTSVERWERKING EN PROCESRECHTSMISBRUIK: DE KUNST VAN DE SHERRYVERKOOP

Jachin VAN DONINCK¹

Rechtsverwerking. Gezegd wordt dat het Hof van Cassatie die rechtsfiguur begin jaren '90 ten grave droeg². Recente(re) rechtspraak van dat Hof nodigt uit tot hernieuwde reflectie over de toepassing van de rechtsverwerking in het domein van het burgerlijk procesrecht. Rumors of my death have been greatly exaggerated³.

Hoofdstuk I INNOCENT BEGINNINGS

1. Franchisegeefster Q. krijgt in een handelshuurgeschil finaal ongelijk. Voor het Hof van Cassatie richt zij haar pijlen ook op het vonnis dat haar hoger beroep eerder ontvankelijk verklaarde.

Omdat het een geschil tussen kooplieden over een daad van koophandel betrof, diende haar hoger beroep niet door de rechtbank van eerste aanleg maar door de rechtbank van koophandel te worden beslecht. Het vonnis dat zich niettemin materieel bevoegd verklaarde schendt een regel van openbare orde⁴. Als appelrecht moest de rechtbank van eerste aanleg die bevoegdheid desnoods ambtshalve onderzoeken⁵.

¹ Advocaat bij Stibbe te Brussel.

² P. HENRY, "R.I.P.", *J.L.M.B.* 1990, 884; I. MOREAU-MARGREVE, "Rechtsverwerking, réflexions pour un réquiem", *Ann. dr. Liège* 1990, 286; Cass. 17 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1188: "Er bestaat geen algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een subjectief recht tenietgaat of niet meer kan worden aangevoerd wanneer de houder van dit recht een houding aanneemt die objectief onverenigbaar is met dat recht, waardoor hij aldus het gewettigd vertrouwen van de schuldenaar en van de derden misleidt"; raadpl. voor een vuige repliek M.E. STORME, "Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990: nog springlevend", *R.W.* 1990-91, 1073 e.v. Raadpl. van dezelfde auteur ook "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaot proces- en bewijsrecht", *F.P.R.* 1990, 353 e.v., waarin de auteur vóór de bewuste arresten een rondgang deed van mogelijke toepassingsgevallen van de goede trouw in het proces- en bewijsrecht. De diskwalificatie van de rechtsverwerking als algemeen rechtsbeginsel impliceert dat de schending ervan niet los van de wetsbepaling die er een toepassing van is kan worden ingeroepen (A. BOSSUYT, "Algemene rechtsbeginselen" in I. VEROUSTRAEETE et al. (eds.), *Jaarverslag van Cass. van België 2002-03*, Brussel, BS, 2003, (112) 146, cf. *infra*).

³ "Mark Twain Amused / Humorist Says He Even Heard on Good Authority That He Was Dead / Cousin, Not He, Sick / New Book Just Finished, and It Will be Called ANOTHER INNOCENT ABOARD", by F. MARSHALL WHITE, *NEW YORK JOURNAL*, 2 June 1897, p. 1. Eigenlijk zei TWAIN iets prozaïscher het volgende: "... The report of my illness grew out of his illness. This report of my death was an exaggeration"; raadpl. G. SCHARNHORST (ed.), M. TWAIN: *The Complete Interviews*, Univ. of Alabama Press, 2006, 317-318.

⁵ Cass. 22 september 2005, *Arr. Cass.* 2005, 1719, nr. 456, concl. TIMPERMAN.

De bedoeling van eiseres is duidelijk: indien het vonnis over de bevoegdheid vernietigd wordt, dan vallen als domino's ook de beslissingen die erop volgden.⁶

Het Hof gaat er niet aan. In voltallige zitting – wat wijst op het belang van de beslissing – oordeelt het Hof van Cassatie dat de aangevoerde kritiek niet-ontvankelijk is: “Een procespartij kan in cassatie niet opkomen tegen een beslissing nopens de rechtspleging die in overeenstemming met haar conclusie werd gewezen. De eiseres heeft geen grieven tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg die op haar eigen hoger beroep en in overeenstemming met haar conclusie de rechtbank bevoegd verklaart om kennis te nemen van het hoger beroep”.⁷

Door een commentator onthaald als een “heureuse révolution” die om redenen van proceseconomie en concentratie van het geschil de afschaffing inluit van “l'autorisation d'ajurer en cassation”⁸, grijpt A-G Werquin zijn conclusie in een andere zaak aan om olie op de golven te gieten: “*Ces arrêts (...) établissent en tout cas de manière claire que l'irrecevabilité du moyen n'est pas déduite de sa nouveauté mais de l'absence de grief qu'inflige à une partie une décision conforme à ce qu'elle a demandé. Il n'y a donc ni de "révolution juridique" qui résulte de l'enseignement de ces arrêts, ni rien de "spectaculaire", ni de "profond bouleversement de toute la théorie du moyen d'ordre public". La jurisprudence de la Cour n'a jamais changé*”.

Het Hof had eerder in enkele arresten waaraan A.G. Werquin refereert de aangevoerde kritiek niet-ontvankelijk verklaard omdat de bestreden beslissing geen nadeel toebreacht: de eiser zou er geen belang bij hebben om kritiek uit te oefenen op het dictum van het arrest dat zijn hoger beroep of zijn rechtsvordering ontvankelijk verklaart.¹⁰

Die invulling van het ook in cassatie vereiste belang voelt geforceerd aan. Het belang bij de ontwikkelde kritiek – en bij uitbreiding bij het cassatieberoep alleen tegen die beslissing gericht¹¹ – hangt alleen af van de vraag of de gevorderde vernietiging de eiser in cassatie ten goede komt: “*Il ne faut pas confondre l'hypothèse où, même illégal, le dispositif ne doit pas être annulé, parce que sa cassation serait sans intérêt pour celui qui la demande. C'est le seul cas où l'on peut correctement parler d'irrecevabilité à défaut d'intérêt*”¹².

⁶ Raadpl. over het effect van de vernietiging op gevolgbeslissingen H. SIMONT, *Des pourvois en cassation en matière civile*, Brussel, Bruylant, 1933, 230, nr. 223; A. MEUS, “L'étendue de la cassation en matière civile”, noot sub Cass. 18 maart 1983, *R.C.J.B.* 1986, 272, nr. 16 e.v.; E. KRINGS, “De omvang van cassatie”, *TPR* 1995, (885) 895 e.v.; Cass. 14 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 237; Cass. 15 april 1993, *Arr.Cass.* 1993, 369. Dit is ook het geval indien tegen de gevolgbeslissing geen cassatieberoep werd ingesteld (Cass. 28 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1203). Het Hof van Cassatie heeft deze vernietiging bij wege van gevolg in beginsel ook niet uit te spreken of vast te stellen (Cass. 10 april 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 924).

⁷ Cass. 31 januari 2008, *Arr.Cass.* 2008, 276, concl. DUBRULLE, *R.W.* 2007-08, 1094, *R.C.J.B.* 2008, 558, noot J.-F. VAN DROOCHENBROECK.

⁸ J.-F. VAN DROOCHENBROECK, “L'interdiction d'ajurer en cassation, même au nom de l'ordre public”, noot sub Cass. 31 januari 2008, *R.C.J.B.* 2008, (566), nr. 4, 8 en 9.

⁹ Concl. WERQUIN bij Cass. 25 juni 2009, nr. C.07.0595.F, te raadplegen via <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

¹⁰ Cass. 26 april 2001, *Arr.Cass.* 2001, 740, concl. DE RIEMAECKER; Cass. 22 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1743; Cass. 10 oktober 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2129.

¹¹ Cass. 17 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1356.

¹² F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Brussel, Bruylant, 1966, 164.

Dat franchisegeefster Q. uit de gevorderde vernietiging voordeel kon halen lijkt geen twijfel, gelet op het effect ervan op de beslissing over de grond van de zaak. Het Hof zag dit ongetwijfeld ook in, aangezien in het arrest van 31 januari 2008 de voor de hand liggende verwijzing naar de notie “belang” achterwege blijft. Wel zegt het Hof dat de eiseres in cassatie “geen grieven” heeft tegen die beslissing.

A.G. Dubrulle noteert in zijn conclusie bij het arrest van 31 januari 2008 dat het gaat om “kritiek van de eiser op een door hemzelf geschapen onjuiste procesvoering”¹³.

2. Vennootschap R. dagvaardt voor het vrederecht te Antwerpen in betaling van achterstallige facturen. Onder dreiging van behandeling van de zaak op de inleidingszitting deelt de verwerende partij haar conclusie mee zonder dat zij over de gedingstukken van de eisende partij beschikt. Die eiseres laat daarop 10 jaar niets van zich horen, tot zij door neerlegging van een conclusie in december 2005 de zaak nieuw leven inblaast. Pas dan deelt zij haar stukken aan verweerster mee, die antwoordt dat zij zich niet meer kan verdedigen aangezien het tijdsverloop relevant bewijsmateriaal heeft doen verloren gaan.

Het vrederecht drukt in het vonnis hard op de rem: “*Rechtsverwerking is inderdaad geen algemeen rechtsbeginsel en afstand van recht wordt niet vermoed doch dit belet niet dat op eisende partij als “meest naarstige” de verplichting rust haar vordering binnen een redelijke termijn te concretiseren en bij de tegenpartij niet de indruk te verwekken niet langer aan te dringen en zeker niet door het laten aanslepen van een zaak de verweerder de kansen op een ernstig verweer te ontrenten*”. De vordering van R. wordt afgewezen. Voor het Hof van Cassatie werpt die misnoegd op dat het bestreden vonnis niet vaststelt dat zij haar recht uitoefende zonder redelijk en afdoend belang, op een wijze die de perken van de normale rechtsuitoefening door een voorzichtig en zorgvuldig persoon kennelijk te buiten gaat. De afwijzing van haar vordering zou bijgevolg in strijd zijn met artikel 1134, eerste en derde lid van het Burgerlijk Wetboek en het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt.

Het Hof ziet dat anders: “*Een rechtssubject, titularis van een subjectief recht, verliest de bij dit recht horende rechtsvordering niet door ze niet onmiddellijk uit te oefenen of verder uit te oefenen en evenmin door een houding aan te nemen als zou hij ze niet uitoefenen of verder uitoefenen. De rechtsvordering gaat wel verloren in geval het rechtssubject er afstand van doet, in geval van verjaring en indien de wet uitzonderingen bepaalt. Bovendien kan de rechter, in geval van procesrechtsmisbruik, de uitoefening van de rechtsvordering beperken. Dit is met name het geval indien het rechtssubject zijn rechtsvordering uitoefent of verder uitoefent zonder redelijk of afdoend belang dan wel op een wijze die kennelijk te buiten gaat*”. Na opsomming van de elementen die het vrederecht in aanmerking nam besluit het Hof dat “het onderdeel, dat de vrederechter vernijwt

¹³ Concl. DUBRULLE bij Cass. 31 januari 2008, *Arr.Cass.* 2008, (276) 278.

de verdere uitoefening van de rechtsvordering aan de eiseres te ontzeggen, zonder hierbij op een naar recht verantwoorde wijze procesrechtsmisbruik na te gaan, niet (kan) worden aangenomen¹⁴.

Hoofdstuk II

WEIFELEND CODIFICEREN

3. De gemeenschap van juristen leerde omgaan met een systeem dat procesrechtsmisbruik beteugeld door toekenning van een vaak symbolische schadevergoeding aan het eind van een doellose procesgang¹⁵. De schade die procesrechtsmisbruik aan het gerecht toebreacht werd in welomschreven gevallen dan meer aangepakt door middel van een burgerlijke geldboete¹⁶. Occasioneel werd het procesrechtsmisbruik beteugeld door ontzegging van het procesrecht of de bevoegdheid zelf. Te denken valt aan de wering van de deloyaal ingediende conclusie¹⁷ of de tegenvordering ingediend om de aanleggens te omzeilen¹⁸.

Met artikel 780bis van het Gerechtelijk Wetboek¹⁹ riep de wetgever een algemene grondslag voor het opleggen van een burgerlijke geldboete wegens deloyaal procesgedrag in het leven. Het eerste lid bepaalt dat “de partij die de rechtspleging aanwendt voor kennelijk verdragende of onrechtmatige doeleinden kan worden veroordeeld tot een geldboete van € 15 tot € 2.500, onverminderd de schadevergoeding die gevorderd zou worden”.

Het begrip “aanwending van de rechtspleging” heeft een ruim toepassingsbereik en bestrijkt zowel het procederen “an sich”²⁰ als de concrete proceshouding²¹.

¹⁴ Cass. 17 oktober 2008, *Arr.Cass.* 2008, 2280, nr. 558.

¹⁵ P. Taelman, “Gebruik en misbruik van procesrecht”, *TPR* 1988, (89) 113, nr. 30.

¹⁶ Misbruik van de procedure van onttrekking aan de rechter (oud art. 656, tweede en derde lid van het GW), wraking (oud art. 838, derde en vierde lid van het GW) en hoger beroep (oud art. 1072bis van het GW).

¹⁷ Het Hof van Cassatie zag ook na invoering van het “mechanische” stelsel van ingereedheidsbrenging met de wet van 3 augustus 1992 ruimte voor de deloyale proceshouding als toetssteen (Cass. 14 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 789, nr. 179).

¹⁸ Cass. 8 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 13, met niet-onvankelijkheid van het hoger beroep als resultaat.

¹⁹ Ingevoegd door art. 22 van de wet van 26 april 2007 tot wijziging van het GW met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, BS 12 juni 2007.

²⁰ Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heer W. MULS, *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51, 2811/005, 66, waar verwezen wordt naar het tergend en roekeloos geding, het tergend en roekeloos hoger beroep en het verweer zonder enige inhoud; cf. ook de toelichting bij de afgeschatte (alinea's van de) art. 656, 838 en 1072bis GW (MvT bij het Wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51, 2811/001, 9 en 27; algemene draagwijdte); Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heer W. MULS, *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51, 2811/005, 88 (hoorzitting met senator F. ERDMAN en professor G. DE LEVAL). Dit omvat ook de voorziening in cassatie (cf. Advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State bij het wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51, 2811/001, 39, 48).

²¹ Bv. het laatijdig ontwikkelen van een middel tot staving van een vordering of verweer (cf. Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heer W. MULS, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51, 2811/005, 67), het ontijdig voorleggen van bewijsstukken enz. (raadpl. ook de opsomming bij P. Taelman en B. DECONINCK, “Qui pro quo omtrent de nietigheden en de sancties”, in P. Taelman en p. VAN ORSHOVEN (eds.), *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgeleacht*, Brugge, die Keure, 2007, 140; cf. over de partijwerkzaamheid in het bewijsrecht ook B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 421-422).

De wens laakbaar procesgedrag zo efficiënt mogelijk te bestrijden²² vertaalde zich echter niet in een meer fundamentele bezinning over loyale procesvoering en de geëigende sanctionering bij misbruik.

Het plan tot invoering van een op artikel 123 van de Franse Code de procédure civile²³ geïnspireerd artikel 180bis van het Gerechtelijk Wetboek (“de middelen van ontoelaatbaarheid kunnen worden aangevoerd in elke stand van het geding, behoudens de mogelijkheid voor de rechter om degenen tot schadevergoeding te veroordelen die met een verdragingsopzet nalaten deze eerder op te werpen”) werd al snel verlaten²⁴.

De minister van Justitie lichtte alleen toe dat het kennelijk verdragend of onrechtmatig oogmerk in artikel 780bis GW aanhaakt bij het begrip misbruik van recht, dat een fout is²⁵.

Procesrechtsmisbruik is in die benadering de proceshouding die gekenmerkt wordt door de afwezigheid van een redelijk belang²⁶ of nog, wat kennelijk de perken van een normale uitoefening van een doelgebonden²⁷ recht of bevoegd-

²² Raadpl. K. PTEUS en J. VAN DONINCK, *Het Gerechtelijk Wetboek vernieuwd – een praktische commentaar bij de wet van 26 april 2007*, Mechelen, Kluwer, 2008, 137-144. De opvatting dat de wetgever enkel intentioneel handelen binnen het bereik van de burgerlijke geldboete heeft gebracht (B. VANLERBERGHE en S. RUITTEN, “Art. 780bis van het Gerechtelijk Wetboek en de onduidelijkheid inzake het (ver)nieuw(de) toepassingsgebied van de nietigheidster herbetekenen” in P. VAN ORSHOVEN en B. MAES (eds.), *De procesrechtswetten van 2007*, rev. 1, Brugge, die Keure, 2009, 104-105; G. CLOSSET-MARCHAL, “L'appel abusif”, *noot sub* Cass. 5 mei 2008, *TBR* 2009, 386, nr. 5, zonder nadere motivering) lijkt moeilijk verenigbaar met de bedoeling van de wetgever om de beoordeling van geldboete (respectievelijk schadevergoeding op dezelfde leest te schoeien (in die zin ook P. Taelman en B. DECONINCK, “Qui pro quo omtrent de nietigheden en de sancties” in P. Taelman en p. VAN ORSHOVEN (eds.), *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgeleacht*, Brugge, die Keure, 2007, 146; X. TATON, “Les irrégu-larités, nullités et abus de procédure” in J. ENGLEBERT e.a. (eds.), *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arrière judiciaire*, Brussel, Bruylant, 2007, 240, nr. 63 en 243, nr. 69). Dit blijkt niet alleen uit de parlementaire voorbereiding (Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heer W. MULS, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51, 2811/005, 66, de minister van Justitie beantwoordde verschillende vragen over het toepassingsgebied van art. 780bis GW met verwijzing naar het begrip ‘tergend en roekeloos’), maar ook uit de systematiek van art. 780bis: bij aanwending van de rechtspleging voor kennelijk verdragende of onrechtmatige doeleinden kan een geldboete worden oplegd, onverminderd de schadevergoeding die gevorderd zou worden. Indien een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding wordt gevorderd en toegekend, wordt over de geldboete in dezelfde beslissing uitspraak gedaan (cf. art. 780bis, eerste en tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek).

²³ “Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt”.

²⁴ Art. 180bis GW werd onder verwijzing naar art. 780bis GW weggelaten (cf. Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heer W. MULS, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51, 2811/005, 39).

²⁵ Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heer W. MULS, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51, 2811/005, 66; Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door mevrouw TALHAOU, *Parl.St.* Senaat 2006-07, 3-2095/3, 7.

²⁶ Cass. 8 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 13, RABG 2004, 607, *noot* E. BREWAEYS, *RW* 2004-05, 703, met verwijzing naar M. STORME, “Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap – beschouwingen m.b.t. het procesrechtsmisbruik” in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, E. Story-Scientia, 1986, 84, nr. 37, p. THON, “Deloyale procesvoering. Een toetssteen bij het concluderen”, *NJW* 2002, 52, nr. 8.

²⁷ R. DE CORTE, “Hoe autonoom is het procesrecht? Studie van enkele raakvlakken tussen materieel recht en gerechtelijk recht”, *TPR* 1980, 10, nr. 28; M. STORME, “Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap – beschouwingen m.b.t. het procesrechtsmisbruik”, in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, E. Story-Scientia, 1986, 72, nr. 12 en 75-76, nr. 20; B.T.M. VAN DER WIEL, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer, Kluwer, 2004, 91.

heid door een voorzichtig en zorgvuldig persoon te buiten gaat²⁸.

4. Op maat van de concrete feiten gesneden bieden deze frasen helaas weinig inzicht in wat van een betamelijke procespartij verwacht wordt. Er bestaat geen algemeen rechtsbeginsel dat het proces te goeder trouw moet worden gevoerd²⁹ zodat – enigszins paradoxaal – de loyale procesvoering – evenmin een algemeen rechtsbeginsel³⁰ – slechts betekenis en inhoud verwerft door de negatie ervan – procesrechtsmisbruik³¹.

Ook het inzicht in de geëigende sanctie blijft zo onderbelicht. Dat het slachtoffer van procesrechtsmisbruik geen genomen moet nemen met de ersatz van een geldsom lijdt geen twijfel³², maar vraag is of men kan volstaan met de vaststelling dat het de rechter toekomt om geval per geval sancties te treffen ten aanzien van een deloyale proceshouding en daarbij moet streven naar de verzoening van de proceseconomie en het recht van verdediging³³.

Hoofdstuk III

VAREN OP HET KOMPAS VAN DE RECHTSVERWERKING

5. Wil de hantering van de notie van het procesrechtsmisbruik geen sterciele formule worden, dan is de ontwikkeling van een meer verfijnd toetsingsmechanisme wenselijk.

De rechtsverwerking kan die sturing bieden en in werkelijkheid hoeft ze daartoe zelfs niet tot leven te worden gewekt. Zo de rechtsverwerking zich sinds 1990 in de coulissen ophoudt en het podium ingenomen ziet door het verbod van rechtsmisbruik, dan geniet de opvatting dat rechtsverwerking een rol te vervullen heeft als maatstaf voor rechtsmisbruik in het privaatrecht inmiddels ruime aanhang. Gezegd wordt dat de uitoefening van een recht of bevoegdheid in strijd met het

²⁸ Cass. 2 oktober 2008, *Arr.Cass.* 2008, 2128: “Een verdediging kan tergend of roekeloos zijn wanneer de verwaerder zijn recht van verdediging uitoefent ofwel met het oogmerk om een andere partij te schaden, ofwel op een wijze die de grenzen van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam persoon kennelijk te buiten gaat.”; Cass. 17 oktober 2008, *Arr.Cass.* 2008, 2280; Cass. 12 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1030: “gehandeld met een schuldige lichtzinnigheid op grond van een kennelijke fout in de beoordeling van de kansen op welslagen van haar hoger beroep, welke fout niet zou zijn begaan door een normaal bedachtzaam en voorzichtig rechtzoekende, die in dezelfde situatie verkeert”; Cass. 31 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2011: “Een geding kan niet alleen tergend zijn wanneer een partij de bedoeling heeft een andere partij schade te berokkenen, maar ook wanneer zij haar recht om in rechte op te treden uitoefent op een wijze die de perken van de normale uitoefening van dat recht door een bedachtzaam en zorgvuldig persoon kennelijk te buiten gaat”; Cass. 15 mei 1941, *Pas.* 1941, 1, 192: “dat het instellen van een vordering die een lichtvaardigheid laat blijken waarvoor elk voorzichtig en bedachtzaam mens zich zou gehoord hebben, het karakter van een onrechtmatige daad aanneemt welke, overeenkomstig het gemeen recht, voor hem die ze verricht de verplichting met zich brengt de schadebrengende gevolgen ervan te vergoeden (...) de grenzen overschrijdt van het aan eenieder toegekende recht op te treden in rechte”, de vertaling wordt ontleend aan P. TAELMAN, “Gebruik en misbruik van procesrecht”, *TPR* 1988, 96, nr. 7.

²⁹ Cass. 6 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 315.

³⁰ Cass. 5 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 684, nr. 156.

³¹ Raadpl. voor een aanzet nieternin P. TAELMAN, “Loyale procesvoering” in B. MAES (ed.), *Voorstellen tot bijstelling van de burgerlijke rechtspleging*, Brugge, die Keure, 2006, 121-126.

³² Uitspraak ontleend aan H. BOCKEN, “Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod” in *Liber amicorum Jan Ronsse*, Gent, E. Story-Scientia, 1986, 502, nr. 11.

³³ I. VEROUGSTRAEETE et al. (eds.), *Juurverslag van het Hof van Cassatie van België 2001-2002*, Brussel, BS, 2002, 417.

eerder gewekt vertrouwen kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht of die bevoegdheid door een voorzichtig en bedachtzaam persoon³⁴.

6. In Nederland, waar de rechtsverwerking een toepassing vormt van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, heeft ze alvast ook in het procesrecht haar plaats verworven³⁵.

Rechtsverwerking laat er zich omschrijven als het “verlies”³⁶ van een recht of een bevoegdheid, of het beperkt worden in de uitoefening daarvan wegens voorafgaand gedrag van de gerechtigde, indien de gerechtigde door dat gedrag het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt geen aanspraak (meer) te zullen maken op dat recht, dan wel indien het alsnog uitoefenen van dat recht de positie van de wederpartij, gelet op dat gedrag, onredelijk benadeelt of verzwart³⁷.

Het leerstuk geeft er beter aan waarop het verlies van de mogelijkheid om een procesrecht of bevoegdheid met succes uit te oefenen is gebaseerd dan een enkele verwijzing naar de omstandigheden van het geval, al dan niet vergezeld van een beroep op de goede procesorde, i.e. de Nederlandse pendant van de loyale procesvoering³⁸.

Gewis moet men veel speelruimte laten aan de partij in wier handen een procedurele bevoegdheid gelegd is en zal de door conflict beheerste rechtsgang minder snel gerechtvaardigd vertrouwen opleveren, maar dit voorbehoud betreft alleen de invulling van de gehanteerde maatstaf, niet de mogelijke hantering ervan³⁹.

7. Het Franse Hof van Cassatie – waaraan het Belgische rechtsdenken traditioneel nauw belang hecht⁴⁰ – lijkt ondanks eerdere terughoudendheid het “nul peut se contredire au détriment d’autrui” dan weer tot een autonoom beginsel te willen proclameren.

³⁴ Raadpl. over dit noodzakelijke bruggetje tussen de rechtsverwerking en de vaststelling van rechtsmisbruik reeds S. STJNS, “La rechtsverwerking: fin d’une attente (déraisonnable)”, *JT* 1990, 690 en verder p. VAN OMME-SLAGHE, “La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique”, in G. GOUBEAUX et al. (eds.), *Endes offertes à Jacques Ghésin*, Paris, LGDJ, 2001, (881) 916-917; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbitenisrecht*, Leuven, Acco, 2006, 102-103 en 644 en de daar geciteerde rechtspraak; S. STJNS en I. SMOYI, “La confiance légitime en droit des obligations” in S. STJNS en P. WERY, *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2007, (47) 55-56 en 60, nr. 22.

³⁵ H.J. SNUIDERS, C.J.M. KLAASSEN, G.J. MEIJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 71; R.P.J.L. TJTTES, *Rechtsverwerking*, Mon. BW A6b, Deventer, Kluwer, 2007, 19-21, nr. 12.

³⁶ Het recht of de bevoegdheid gaat niet teniet maar er kan, al dan niet tijdelijk en geheel dan wel gedeeltelijk, geen beroep op worden gedaan (R.P.J.L. TJTTES, *Rechtsverwerking*, Mon. BW A6b, Deventer, Kluwer, 2007, 47, nr. 26).

³⁷ V.C.A. LINDIJER, *De goede procesorde – een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 545, nr. 533. Vgl. R.P.J.L. TJTTES, *Rechtsverwerking*, Mon. BW A6b, Deventer, Kluwer, 2007, 1: “Rechtsverwerking is het verliezen van een recht of bevoegdheid (hierna tezamen te noemen: recht), omdat het inroepen van dat recht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is gelet op het daarmee tegenstrijdige gedrag van de rechthebbende”.

³⁸ V.C.A. LINDIJER, *De goede procesorde – een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 693 p., i.h.b. 547, nr. 534.

³⁹ V.C.A. LINDIJER, *De goede procesorde – een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 546, nr. 534.

⁴⁰ Raadpl. voor een recente reëppraai D. HERBAUT en M.E. STORME, “De Belgische rechtstraditie: van een lang zoeken naar onafhankelijkheid naar een verlangen naar afhankelijkheid?”, *TPR* 2008, 979 e.v.

In voltallige zitting oordeelde het Hof van Cassatie op 27 februari 2009 dat “la seule circonstance qu’une partie se contredise au détriment d’autrui n’empêche pas nécessairement fin de non-recevoir” en dat de bestreden beslissing, die “pour déclarer les demandes irrecevables, (...) relève qu’il ressort de l’examen des procédures successivement menées en référé puis au fond par la société Sédéa que celle-ci n’a pas cessé de se contredire au détriment de ses adversaires, et retient que ce comportement doit être sanctionné, en vertu du principe suivant lequel une partie ne peut se contredire au détriment d’autrui (théorie de l’estoppel)” artikel 122 van de code de procédure civile schendt: “(...) Alors qu’en l’espace, notamment, les actions engagées par la société Sédéa n’étaient ni de même nature, ni fondées sur les mêmes conventions et n’opposaient pas les mêmes parties, la cour d’appel a violé le texte susvisé”⁴¹.

Raadshet-verslaggever Boval en A.G. De Gouttes gaan in hun verslag en advies bij dit arrest uitvoerig in op de receptie van “estoppel” in Frankrijk. Beiden besluiten na omzichtige analyse dat het “nul peut se contredire au détriment d’autrui” weliswaar in het Franse procesrecht kan worden ingepast maar dat het te dezen mangelt aan een correcte toepassing van de basisvoorwaarden daartoe. Van een onverniegbare koerswijziging doorheen het proces is geen sprake, het ontbreekt aan een onredelijke benadeling of verzwaring voor de tegenpartijen en evenmin ligt een gerechtvaardigd vertrouwen van die partijen voor.⁴²

Waren die toepassingsvoorwaarden wel vervuld, dan zou het “nul peut se contredire” een “fin de non-recevoir” of middel van niet-toelaatbaarheid in de zin van artikel 122 van de Code de procédure civile opleveren⁴³. Die bepaling laat net als de Nederlandse rechtsverwerking onder de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een modulering van de sanctie toe: tijdelijke of definitieve, gehele of gedeeltelijke ontzegging van de mogelijkheid een recht of bevoegdheid uit te oefenen.⁴⁴

Het arrest kon op ruime belangstelling rekenen (wat niet bestaat kan ook niet geldig worden verklaard). Hoewel sommigen vooral de aandacht vestigden op het ontbreken van het begrip “estoppel” in de motieven die het Hof van Cassatie aanreikte en tegelijk hun afkeer etaleerden voor wat als Anglo-Amerikaanse ‘Fremdkörper’ wordt aanzien,⁴⁵ was de bekommernis er hoofdzakelijk toch één

⁴¹ Cass. Fr. nr. 07-19.841, 27 februari 2009, *Bull. des Arrêts Châmbres civiles*, 2009, nr. 2, 1, *Bulletin d’information de la Cour de cassation*, nr. 700, 15 april 2009, 12, eveneens te raadplegen via http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_assemblee_pleniere_22573_27_12270.html.

⁴² Het rapport van raadshet-verslaggever BOVAL is te raadplegen via http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_assemblee_pleniere_22bovalconseiller_12302.html en het advies van A-G DE GOUTTES via http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_assemblee_pleniere_22gouttes_premier_12303.html.

⁴³ Art. 122 van de code de procédure civile luidt als volgt: “Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l’adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d’agir, tel le défaut de qualité, le défaut d’intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.”

⁴⁴ D. HOUTCIEFF, “La demi-consécration de l’interdiction de se contredire au préjudice d’autrui”, D. 2009, (1245) II, B.

⁴⁵ H. CROZE, “La Cour de cassation refuse de céder aux sirènes de l’estoppel”, *Procédures* 2009, nr. 4, 4. Dat de “estoppel”, “rechtsverwerking”, “verwerking”, “Forclusion”, “preclusion” in heel wat rechtssystemen op het Europese vasteland terug te vinden is en haar grondslag vindt in het Romeinse rechtelijke “venire contra factum proprium” lijkt deze auteur te ontgaan (raadpl. M.E. STOBME, “Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990: nog springlevend”, RW 1990-91, (1073) 1077, nr. 9 en 1079, nr. 12).

van inpassing van de figuur in de bestaande procesorde. Toepassing van de “principe de loyauté” voor de ene⁴⁶, wegbereider van een meer afgebakend “principe de cohérence” voor anderen⁴⁷.

In een later arrest van de eerste civiele kamer neemt het Hof het vermaledijde woord “estoppel” zelfs uitdrukkelijk in de mond: “Mais attendu que, dans ses écritures devant la cour d’appel, la société Income faisait grief au liquidateur de s’être volontairement abstenu de participer à la procédure après en avoir été pleinement informé et avoir été mis en cause, ce qui lui interdisait de s’en plaindre en appel, et en tirait la conclusion qu’il était censé avoir renoncé à se prévaloir des éventuelles irrégularités de la procédure; que la société ajoutait que le liquidateur avait agi sciemment, par collusion frauduleuse et dans le but de se réserver un moyen de recours contre la sentence; que, dès lors que les domaines d’application respectifs de la règle de l’estoppel et du principe de la renonciation peuvent, dans certains cas, être identiques et qu’il appartient au juge de l’annulation de faire respecter la loyauté procédurale des parties à l’arbitrage, c’est sans violer le principe de la contradiction que la cour d’appel a qualifié d’estoppel l’attitude procédurale du liquidateur”⁴⁸.

Het arrest levert echter geen nieuwe inzichten op, aangezien het begrip “estoppel” gehanteerd wordt voor procesgedrag dat tegelijk ook als een verzaking kon gelden en bovendien intentioneel deloyaal was. Of en zo ja waarin het “nul peut se contredire au détriment d’autrui” zich precies onderscheidt van een procesrechtelijk “estoppel” zal het Hof nog moeten verduidelijken.

Hoofdstuk IV

DE BELGISCHE CASSATIEARRESTEN DOOR DE PRISMABRIL⁴⁹

8. Veel blijft onuitsproken in het arrest van 31 januari 2008, te veel.

Het Hof van Cassatie staat met de opvatting dat een procespartij in cassatie niet kan opkomen tegen een beslissing nopens de rechtspleging die in overeenstemming met haar conclusie werd gewezen nochtans niet alleen.

In Frankrijk oordeelde het Hof van Cassatie eerder in analoge zin: “La Cour de cassation déclare irrecevable le moyen de cassation incompatible avec la position adoptée devant les juges du fond par la partie qui s’en prévaut, même si ce moyen a été invoqué par une autre partie, peu important à cet égard qu’il soit de pur droit ou d’ordre public”⁵⁰.

⁴⁶ N. FRICERO, “Procédure civile – janvier 2009-octobre 2009”, D. 2010, (169) IVD.; cf. eerder B. ROLLAND, “Précisions sur le régime de l’extension-sanction” et application du principe ‘nul peut se contredire’, *Procédures* 2008, nr. 1, 18, nr. 3.

⁴⁷ D. HOUTCIEFF, “La demi-consécration de l’interdiction de se contredire au préjudice d’autrui”, D. 2009, (1245) II; L. CADIEF, “Le droit judiciaire privé, Paris, Litec, 2009, 319 en 598.

⁴⁸ Cass. Fr. nr. 08-10.281, 6 mei 2009, *Bull. des Arrêts Châmbres civiles*, 2009, nr. 5, 71, ook te raadplegen via http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/509_6_12674.html.

⁴⁹ Volgens Van Dale bril met twee gemonteerde prismas waarmee men met naar beneden gerichte blik toch vooruit kan kijken.

⁵⁰ C. CHARRAULT, “La souveraineté du juge du fond à l’épreuve de quelques faits”, *Bulletin d’information de la Cour de cassation*, nr. 702, 15 mei 2009, 28.

Vóór het "nul peut se contredire"-arrest van het Hof van Cassatie van 27 februari 2009 zocht men de theoretische fundering voor die rechtspraak al in de vereiste loyaliteit in de procedure⁵¹, of nog, de coherentieplicht⁵².

Dat is ook de verklaring die A.G. Werquin schoorvoetend aanreikt voor het arrest van 31 januari 2008: "*Certains reconnaîtront l'influence d'un principe de loyauté dans la procédure*"⁵³.

Onder de ongelukkige hantering van de notie "belang" in eerdere arresten, of nog, het "geen grieven hebben" in het arrest van 31 januari 2008 gaat dus eigenlijk een normatieve aanpak schuil⁵⁴. De vraag luidt niet of een partij in cassatie "kan" opkomen tegen een beslissing nopens de rechtspleging die in overeenstemming met haar conclusie werd gewezen, maar wel of zij dit als loyale procespartij "mag".

Het valt te betreuren dat het Hof die beoordeling van wat het aanziet als een ongeoorloofde koerswijziging tijdens het proces niet expliciteert. De taak van het Hof van Cassatie bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep of de cassatiemiddelen wijkt op dat vlak nochtans nauwelijks af van die van de feitenrechter⁵⁵.

Passen we de maatstaven van de rechtsverwerking erop toe, dan zou deze beslissing het inzicht kunnen opleveren dat de partij die op haar eigen hoger beroep en in overeenstemming met haar conclusie de rechtbank bevoegd verklaart, bij de tegenpartij een gerechtvaardigd vertrouwen wekt dat in geval van een negatieve uitkomst wat de grond van de zaak betreft die beslissing over de bevoegdheid niet in vraag zal worden gesteld.

Doet die partij dat toch, dan dringt de niet-ontvankelijkverklaring van het bewuste cassatiemiddel of – bij uitbreiding – van het cassatieberoep zich als sanctie op.

9. Opvallend aan het arrest van 17 oktober 2008 is niet zozeer dat de eiseres in cassatie bij wege van sanctie de verdere uitoefening van haar rechtsvordering geheel ontzegt wordt – die sanctie was in het licht van de gegeven omstandigheden blijkbaar als enige van aard om aan de abusieve rechtsuitoefening te verhelen⁵⁶ –, maar wel de bereidheid van het Hof om een beslissing die haar inhoud

⁵¹ B. ROLLAND, "Précisions sur le régime de l'extension-sanction" et application du principe "nul peut se contredire", *Procédure* 2008, nr. 1, 18, nr. 3.

⁵² L. CADRE, "La légalité procédurale en matière civile", *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, nr. 636, 13 maart 2006, nr. 21.

⁵³ Concl. WERQUIN bij Cass. 25 juni 2009, nr. C.07.0595.F, te raadplegen via <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

⁵⁴ Cf. J.B.M. VRANKEN, "Verhullend argumenteren", *RvR* 2004, 9-34; J.B.M. VRANKEN, *Algemeen Deel*, in C. ASSER's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2005, 28 e.v.

⁵⁵ F. DUMON, "Art. 1101 Ger.W." in B. ALLEMBERSCH et al. (eds.), *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Mechelen, Kluwer, losbladig, 2, nr. 2.

⁵⁶ Ook in het materieel recht stoot dergelijke sanctiëring bij rechtsmisbruik niet tegen de borst: Cass. 8 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 245; raadvl. over dit arrest o.m. A. VAN OBELEN, "De sanctie bij misbruik van contractuele rechten", noot sub Cass. 8 februari 2001, *RW* 2001-02, 780-781; S. STIJNS, "Misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak" in J. SMITS and S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 98 e.v.

geheel en al ontleent aan de sanctiëring van gecreëerde schijn een plaats te gunnen in de galerij van het procesrechtsmisbruik.

Het Hof sript in de inleidende overwegingen van het arrest aan dat de rechtsvordering door afstand of verjaring verloren gaat en niet door louter tijdsverloop⁵⁷.

Iets strijdigs met de figuur van rechtsverwerking valt daarin niet te ontwaren. In tegenstelling tot wat bij afstand of berusting het geval is, bekomt de rechtsverwerking zich niet om de zoektocht naar een wilsuiving, al of niet verondersteld⁵⁸. Zij gebeurt tegen de wil in van de betrokkene.⁵⁹ Dit verklaart tevens waarom rechtsverwerking⁶⁰ en rechtsmisbruik⁶¹ geen a priori hebben tegen het buiten werking stellen van regels van openbare orde, wat bij afstand of berusting duidelijk anders is⁶².

Bekend is ook dat louter tijdsverloop niet volstaat voor rechtsverwerking⁶³. Daarnaast zijn bijzondere omstandigheden vereist die een "gekleurde inactiviteit" opleveren⁶⁴.

De omstandigheden die het Hof in voorliggend geval in aanmerking neemt kleuren de inactiviteit van eiseres R. in. Onder dreiging met behandeling van de zaak op de inleidingszitting noopt eiseres de verwerende partij tot concluderen maar laat zij nadien 10 jaar niets van zich horen. Pas in december 2005 legt zij haar conclusie neer en deelt ze voor het eerst haar stukken mee. Zij creëerde hiermee de indruk niet langer aan te dringen op de procesgang en ontnam aan tegenpartij

⁵⁷ Cass. 17 oktober 2008, *Arr.Cass.* 2008, (I280) 2284, overw. 1.

⁵⁸ P. VAN OMMESLACHE, "La tigeure contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", in G. GOUBEAUX et al. (eds.), *Études offertes à Jacques Ghésin*, Paris, LGDJ, 2001, (881) 916; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAERKER, *Verbitenisrecht*, Leuven, Acco, 2006, 642, in fine en 643.

⁵⁹ R.P.J.L. TUITES, *Rechtsverwerking*, Mon. BW A6b, Deventer, Kluwer, 2007, 10-11, nr. 6. De stilzijdende afstand van recht kan slechts worden afgeleid uit feiten die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn (Cass. 8 december 1976, *Arr.Cass.* 1977, 399; Cass. 7 februari 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 661; Cass. 26 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 851; Cass. 20 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 961). De stilzijdende berusting in een beslissing kan alleen worden afgeleid uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende akten of feiten waaruit blijkt dat de partij het vaste voornemen heeft haar instemming te betuigen met de beslissing (art. 1045, laatste lid Ger.W.). Cf. ook E. LOQUIN, "Les obligations du tribunal arbitral en cas d'une procédure collective: un arrêt 'pédagogique' de la Cour de cassation", noot sub Cass. 6 mei 2009, *RTD Com.* 2009, (546) "alors que l'on pouvait douter que la matière puisse être l'objet de renonciation licite. Pour cette raison, le recours à l'estoppel est plus pertinent, car le principe intervient comme la sanction d'un comportement, sans qu'il soit besoin de passer par une volonté implicite d'une partie bien hypothétique".

⁶⁰ R.P.J.L. TUITES, *Rechtsverwerking*, Mon. BW A6b, Deventer, Kluwer, 2007, 10, nr. 6.

⁶¹ Cass. 10 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1031, concl. TUITES.

⁶² Berusting in een beslissing die "gegrond is op een uitspraak die de openbare orde raakt" is nietig (Cass. 6 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1580; Cass. 27 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1850, nr. 462; Cass. 25 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1117, concl. TUITES; Cass. 19 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1890. Berusting is volgens deze rechtspraak enkel geoorloofd indien het materieel recht waarop het geschil betrekking heeft kan worden teruggevoerd (raadvl. ook de conclusie van A-G THUIS bij Cass. 25 april 2002, *Arr.Cass.* 2002, (1117) 1120, nr. II.2.3; S. MOSSELMANS, "Stilzijdende berusting en de openbare orde", noot sub Cass. 25 april 2002, *PvB* 2002, (113) 114, nr. 5; G. CLOSSET-MARGHAL et al., "Droit judiciaire privé – Les voies de recours: examen de jurisprudence (1993-2003)", *KCB* 2006, (83) 106, nr. 32).

⁶³ W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAERKER, *Verbitenisrecht*, Leuven, Acco, 2006, 642; H.J. SNIJEDERS, C.J.M. KLAASSEN, G.J. MEIJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 71; R.P.J.L. TUITES, *Rechtsverwerking*, Mon. BW A6b, Deventer, Kluwer, 2007, 29.

⁶⁴ R.P.J.L. TUITES, *Rechtsverwerking*, Mon. BW A6b, Deventer, Kluwer, 2007, 30 en de daar geciteerde rechtspraak van de Hoge Raad; B.T.M. VAN DEN WIEL, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer, Kluwer, 2004, 178.

de kans op een ernstig verweert, aangezien die door het tijdsverloop relevant bewijsmateriaal zag verloren gaan⁶⁵.

Gerechvaardigd vertrouwen en onredelijke benadeling van de wederpartij door de verzwaring van haar bewijspositie⁶⁶ vloeien in deze vaststellingen mooi samen. Het arrest is gesneden op de maat van de rechtsverwerking.

Hoofdstuk V

EEN GENERATIE VAN 'PRINZIPIENREITER'⁶⁷

Het burgerlijk procesrecht bezint zich over de uitgangspunten van de civiele rechtspleging en de rol daarin van de beginselen van behoorlijke procesvoering⁶⁸. De huidige regelgeving is daar ongetwijfeld debet aan.

Open normen als loyale procesvoering en het verbod van procesrechtsmisbruik leveren de uitdaging op om zonder subjectiviteit de grenzen af te bakenen van wat in het proces betamelijk is.

Die normen zijn niet alleen reactief en dus op sanctionering gericht maar willen ook ankerpunten aanleveren voor wenselijk procesgedrag. Ze vragen om een invulling die de dynamiek eigen aan het proces niet stremt en die evenmin blind is voor een context die bij uitstek op botsende belangen geënt is.

Een verfijning van het gangbare toetsingskader dringt zich bijgevolg op. Analyse van de arresten van het Hof van Cassatie van 31 januari en 17 oktober 2008 wijst uit dat de rechtsverwerking die mogelijkheid biedt en concrete maatstaven aanreikt waartegen wenselijk en onwenselijk procesgedrag kunnen worden afgezet.

Dat dit naar de huidige stand van de cassatierechtspraak nog steeds moet uitmonden in het besluit dat een procespartij kennelijk de perken van een normale uitoefening van een recht of bevoegdheid door een voorzichtig en zorgvuldig persoon te buiten gaat, wil men dan wel voor lief nemen.

De kunst van de sherryverkoop? Make it sweet but call it dry⁶⁹.

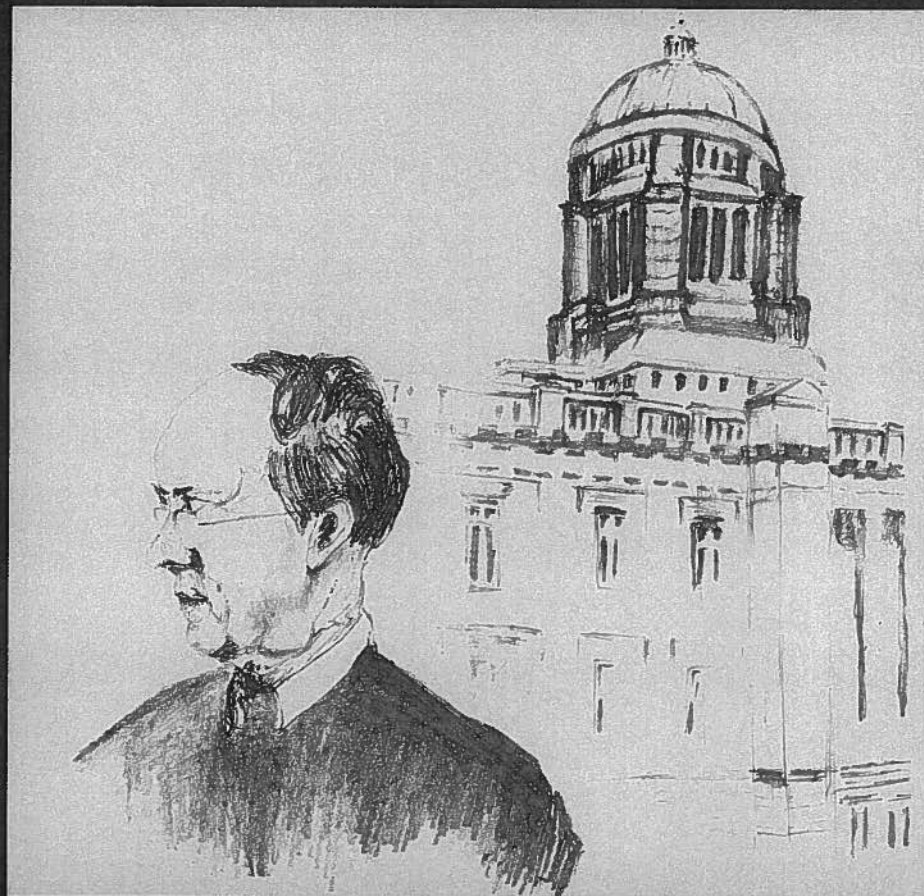
⁶⁵ Cass. 17 oktober 2008, *Arr. Cass.* 2008, (2280) 2285, overw. 2.

⁶⁶ Cf. R.P.J.L. TJTTES, *Rechtsverwerking*, Mon. BW A6b, Deventer, Kluwer, 2007, 38 en de daar geciteerde rechtspraak inzake het verzwaren van de bewijspositie van de wederpartij.

⁶⁷ Raadpl. over deze 'beginselhelden' W. VAN GERVEN, "Over codificatie, convergentie en algemene beginselen in een meergelaagd privaatrecht", *SEW* 2008, (414) 422 e.v.

⁶⁸ Raadpl. voor Nederland W.D.H. ASSER, H.A. GROEN, J.B.M. VRANKEN, m.m.v. I.N. TZANKOVA, *Uitegabalancerd – Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Boom, 2006, 216; in Frankrijk kwamen die beginselen slechts zijdeling ter sprake in S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée – Rapport au garde des Sceaux*, Paris, La documentation Française, 2008, 312, raadpl. voor een overzicht evenwel L. CADIEU, J. NORMAND en S. AMRANI-MIEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, 550 e.v.; raadpl. voor het civiele procesrecht van Engeland en Wales het "overriding objective" verwoord in art. 1.1 van de Civil Procedure Rules, geïnspireerd door de Woolf reform (ACCESS TO JUSTICE Final Report By The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls – Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales, 1996, te raadplegen via <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>). Raadpl. in België ook J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Le nouveau droit judiciaire, en principes" in G. DE LEVAL en F. GEORGES (eds.), *Le droit judiciaire en mutation, En hommage à Alphaose Koko*, Luik, Anthemis, 2007, 213 e.v.

⁶⁹ J.-H. NIEUWENHUIS, "De kunst van het zaklopen", in *Brief aan een jonge academisch gevormde vrouw*, Zutphen, uitgeverij Paris, 2009, (52) 54.



LIBER AMICORUM LUDOVIC DE GRYSSE

 larcier