

Hoge Raad, 5 januari 1990, Philip Morris v BAT - KIM**MERKENRECHT****Verval wegens niet-normaal gebruik**

- [Geen beperkende werking goede trouw](#)

2.2 De onderdelen 5.2 en 5.3 berusten op de stelling dat een belanghebbende in de zin van art. 14C BMW op grond van een uit Nederlandse rechtsregels voortvloeiende 'beperkende werking van de goede trouw' onbevoegd kan zijn de vervallenverklaring van het merk van een ander te vorderen ook al zijn de in art. 5 onder 3 BMW gestelde voorwaarden voor het verval van dat merk vervuld. Deze stelling is onjuist, zoals blijkt uit de door het BenGH onder 47 gegeven verklaring voor recht.

- [Degene die, door gebruik te maken van zijn bevoegdheid vervallenverklaring van het merk van een ander wegens niet-gebruik als bedoeld in art. 5 onder 3 te vorderen kan op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval in zijn verhouding tot die ander onbehoorlijk zou handelen.](#)

In het licht van de uitspraak van het BenGH acht de HR het redelijk om aan de onderdelen een ruimere strekking toe te kennen en deze aldus te verstaan dat zij mede strekken ten betoge dat het Hof ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten dat als belanghebbende in de zin van art. 14C BMW niet kan worden aangemerkt degene die, door gebruik te maken van zijn

bevoegdheid vervallenverklaring van het merk van een ander wegens niet-gebruik als bedoeld in art. 5 onder 3 te vorderen, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn verhouding tot die ander onbehoorlijk zou handelen. Gelet op de door het BenGH onder 46 gegeven verklaring voor recht, is dat betoog op zichzelf juist. Het kan echter bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, op grond van het volgende.

Blijkens het door het BenGH in zijn arrest van 18 nov. 1988 onder 37 overwogene berust de door dit Hof onder 47 gegeven verklaring voor recht op het in dat arrest onder 25 t/m 36 overwogene. De Hoge Raad leidt daaruit af dat het BenGH met 'onbehoorlijk handelen' in die verklaring voor recht doet op een handelen van zodanige aard dat het neerkomt op misbruik van bevoegdheid, en derhalve op een maatstaf die zwaardere eisen aan de stelplicht stelt dan de maatstaf van de goede trouw doet. Hiervan uitgaande, is de Hoge Raad van oordeel dat de door PM bij het Hof — in het kader van haar verweer dat BAT zich niet te goeder trouw op verval van het merkrecht van PM kan beroepen — aangevoerde feiten en omstandigheden niet tot de slotsom kunnen leiden dat BAT tegenover PM onbehoorlijk in voormelde zin handelt door vervallenverklaring van het omstreden merk te vorderen.

Hierbij zij aangetekend dat de door het BenGH gegeven beslissing weliswaar nieuw licht werpt op de betekenis van art. 14C BMW maar geen aanleiding geeft om PM in de gelegenheid te stellen haar feitelijke posita aan te passen, nu niet aannemelijk is dat PM zou hebben nagelaten in het kader van voormeld verweer alles aan te voeren waaruit naar haar mening van een onbehoorlijk handelen van Bat kan blijken.

Vindplaatsen: NJ 1990, 728, m.nt. Verkade

Hoge Raad, 5 januari 1990

(Sniijders, De Groot, Hermans, Haak, Roelvink)

Philip Morris Holland BV, te Bergen op Zoom, eiseres tot cassatie, adv. Mr. T. Schaper, tegen

B.A.T. Sigaretten-Fabriken GmbH, te Hamburg, BRD, verweerster in cassatie, adv. Mr. A.G. Maris.

1 De procedure

1.1 De Hoge Raad verwijst naar zijn [arrest van 20 febr. 1987, NJ 1989, 298](#).

1.2 Bij [arrest van 18 nov. 1988, NJ 1989, 299 heeft het BenGH](#), uitspraak doende op de door de HR gestelde vragen, voor recht verklaard:

45 Er bestaat geen grond art. 5 onder 3 BMW aldus uit te leggen dat onder de bijzondere, door de HR der Nederlanden in zijn (...) vraag A nader aangeduide omstandigheden het in die bepaling gebezigde begrip 'geldige reden' ruimer mag worden opgevat dan zulks naar luid van 's Hofs arrest van 27 jan. 1981 (zaak A 80/1 — BenGH Jurisprudentie, deel 2, p. 23 e.v.) in het algemeen het geval is;

46 Niet als belanghebbende in de zin van art. 14C BMW kan worden aangemerkt degene die, ook al zijn

de in art. 5 onder 3 gestelde voorwaarden voor het verval van eens anders merk vervuld, door vervallenverklaring van dat merk te vorderen, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn verhouding tot die ander onbehoorlijk zou handelen;

47 Met art. 14 C BMW strookt niet aan te nemen dat plaats zou zijn voor uit het nationale recht voortvloeiende beperkingen van de bevoegdheid de vervallenverklaring van eens anders merk te vorderen.

1.3 De zaak is na de uitspraak van het BenGH nader toegelicht voor PM door haar advocaat en voor BAT door Mr. R.S. Meijer, adv. te 's-Gravenhage.

De **A-G Asser** heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

2 Nadere beoordeling van het middel

2.1 Uit het door het BenGH op vraag A van de Hoge Raad gegeven antwoord volgt dat onderdeel 3 van het middel faalt voor zover het strekt ten betoge dat in de door PM aangevoerde bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval het in art. 5 onder 3 BMW gebezigde begrip 'geldige reden' ruimer mag worden opgevat dan volgens het arrest van het **BenGH van 27 jan. 1981, zaak A 80/1**, in het algemeen het geval is.

Voor het overige stuit het onderdeel af op hetgeen de Hoge Raad in zijn voormeld arrest onder 3.2 heeft overwogen.

2.2 De onderdelen 5.2 en 5.3 berusten op de stelling dat een belanghebbende in de zin van art. 14C BMW op grond van een uit Nederlandse rechtsregels voortvloeiende 'beperkende werking van de goede trouw' onbevoegd kan zijn de vervallenverklaring van het merk van een ander te vorderen ook al zijn de in art. 5 onder 3 BMW gestelde voorwaarden voor het verval van dat merk vervuld. Deze stelling is onjuist, zoals blijkt uit de door het BenGH onder 47 gegeven verklaring voor recht.

In het licht van de uitspraak van het BenGH acht de HR het redelijk om aan de onderdelen een ruimere strekking toe te kennen en deze aldus te verstaan dat zij mede strekken ten betoge dat het Hof ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten dat als belanghebbende in de zin van art. 14C BMW niet kan worden aangemerkt degene die, door gebruik te maken van zijn bevoegdheid vervallenverklaring van het merk van een ander wegens niet-gebruik als bedoeld in art. 5 onder 3 te vorderen, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn verhouding tot die ander onbehoorlijk zou handelen. Gelet op de door het BenGH onder 46 gegeven verklaring voor recht, is dat betoog op zichzelf juist. Het kan echter bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, op grond van het volgende.

Blijkens het door het BenGH in **zijn arrest van 18 nov. 1988** onder 37 overwogene berust de door dit Hof onder 47 gegeven verklaring voor recht op het in dat arrest onder 25 t/m 36 overwogene. De Hoge Raad leidt daaruit af dat het BenGH met 'onbehoorlijk handelen' in die verklaring voor recht doelt op een handelen van zodanige aard dat het neerkomt op misbruik van bevoegdheid, en derhalve op een maatstaf die zwaardere

eisen aan de stelplicht stelt dan de maatstaf van de goede trouw doet. Hiervan uitgaande, is de Hoge Raad van oordeel dat de door PM bij het Hof — in het kader van haar verweer dat BAT zich niet te goeder trouw op verval van het merkrecht van PM kan beroepen — aangevoerde feiten en omstandigheden niet tot de slotsom kunnen leiden dat BAT tegenover PM onbehoorlijk in voormelde zin handelt door vervallenverklaring van het omstreden merk te vorderen.

Hierbij zij aangetekend dat de door het BenGH gegeven beslissing weliswaar nieuw licht werpt op de betekenis van art. 14C BMW maar geen aanleiding geeft om PM in de gelegenheid te stellen haar feitelijke posita aan te passen, nu niet aannemelijk is dat PM zou hebben nagelaten in het kader van voormeld verweer alles aan te voeren waaruit naar haar mening van een **onbehoorlijk handelen van Bat kan blijken**.

Uit het voorgaande volgt dat de onderdelen 5.2 en 5.3 niet kunnen slagen.

2.3 Zoals in 's Hogen Raads arrest van 20 febr. 1987 onder 3.1 is overwogen, mist onderdeel 2 deels feitelijke grondslag en houdt het voor het overige een betoog in dat geen zelfstandige betekenis heeft naast de onderdelen 3 t/m 5. Nu die onderdelen blijkens het hiervoren overwogene en het in evengenoemd arrest onder 3.3 en 3.4 (tweede zin) overwogene tevergeefs zijn voorgesteld, kan derhalve ook onderdeel 2 niet tot cassatie leiden.

3 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt PM in de kosten van het geding in cassatie, daaronder begrepen de kosten van de procedure bij het BenGH, tot op deze uitspraak aan de zijde van BAT begroot op f 456,30 aan verschotten en f 7500 voor salaris.

Conclusie A-G Asser

1 Inleiding

1.1 Het gaat in deze zaak, waarin ik reeds eerder mocht concluderen, thans om het vervolg van, in chronologische volgorde, het arrest van Uw Raad van 20 febr. 1987 en het arrest van het BenGH van 18 nov. 1988. (NJ 1989, 298 en 299 (m.nt. vNH). Zie over het arrest van het BenGH ook Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach/Huydecoper/Van Nispen, Industriële eigendom en mededingingsrecht. 1989, nr. 1031 naar aanleiding van het begrip belanghebbende en nr. 1048 in verband met het begrip geldige reden.) Ik moge korthedshalve verwijzen naar de inhoud van deze beide arresten en naar de daarbij behorende conclusies.

1.2 Partijen hebben na het arrest van het BenGH hun standpunten nog nader schriftelijk toegelicht, waarna zij andermaal arrest hebben gevraagd.

2 Verdere bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Uit de beantwoording door het BenGH van de door Uw Raad gestelde vragen A en B volgt met betrekking tot onderdeel 3 van het middel dat het faalt, zodat ik op dit punt bij mijn eerdere conclusie (met name het daar-

in onder 13 gestelde) kan blijven. Ik zou, voor wat betreft deze kwestie, hiermee willen volstaan.

2.2 Het BenGH heeft in zijn arrest bij de beantwoording van de in het arrest van Uw Raad gestelde vragen C en D aan het begrip ‘belanghebbende’ in art. 14C BMW extra relief — of zo men liever wil: een bepaalde inhoud — gegeven door te beslissen (r.o. 37) dat niet als belanghebbende in de zin van die bepaling kan worden aangemerkt degene die, ook al zijn de in art. 5 onder 3 BMW gestelde voorwaarden vervuld, door vervallenverklaring van een anders merk te vorderen, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn verhouding tot die ander onbehoorlijk zou handelen. Het sluit verder in zijn beantwoording van vraag C (r.o. 38) elke uit het nationale recht voortvloeiende ‘en dus licht tot rechtsongelijkheid leidende’ bevoegdheidsbeperkingen uit.

2.3 Vergeleken met en in termen van ons nationale, niet-eenvormige, recht, heeft het BenGH de uit het begrip belanghebbende in art. 14C BMW voortvloeiende bevoegdheidsbeperking in de sleutel gezet van het misbruik van bevoegdheid. (Zie over misbruik van bevoegdheid Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid, Mon.NBW, A-4, 1985 die verdere literatuur en rechtspraak noemt. Hieronder zal ik meestal slechts naar deze monografie verwijzen.) M.i. dient het arrest zo te worden begrepen dat naar het oordeel van het BenGH de BMW alleen een beroep op misbruik van bevoegdheid toelaat. Steun voor deze lezing van het arrest put ik uit het volgende.

2.4 In r.o. 25 en 26 neemt het als uitgangspunt dat — ik paraphraseer — het in de BMW geregelde merkenrecht als deel van het mededingingsrecht de verhouding regelt tussen de merkhouders en de overige deelnemers aan het economisch verkeer en in beginsel bedoelt rekening te houden met hetgeen die deelnemers met inachtneming van elkaars belangen betaamt. In r.o. 28 oordeelt het BenGH dat mag worden verondersteld dat de bevoegdheid van art. 13C BMW ‘niet ertoe strekt een vordering tot vervallenverklaring mogelijk te maken, die, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, in de onderlinge verhouding tussen de merkhouders en degene die bij vervallenverklaring van diens merk een belang heeft, als onbehoorlijk moet worden aangemerkt’.

2.5 Aldus worden de betamelijkheidsnorm die in het algemeen geldt tussen de genoemde deelnemers aan het economisch verkeer, en de — naar ik aanneem, daarvan niet afwijkende — behoorlijkheidsnorm die geldt in de verhouding tussen de merkhouders en degene die de vervallenverklaring van diens merk vordert en die in het begin van r.o. 36 nog eens wordt genoemd, vooropgesteld. (Vgl. over deze normen de m.v.t. op art. 3:13 (30101014) NBW, p. 10. Zie hierover Rodenburg, nr. 6, waar ook wordt gewezen op de toelichting van Meijers op art. 50101, Parl. Gesch. Boek 5, p. 20.)

2.6 In r.o. 35 wordt eerst vastgesteld dat het stelsel van de vervallenverklaring als geregeld in de BMW en door het BenGH in r.o. 33–34 beschreven en samengevat, er op neer komt dat, als de in art. 5 onder 3 BMW genoemde voorwaarden van het verval van een merkenrecht

zijn vervuld, het aan ‘hen die daarbij belang menen (Vgl. r.o. 28 waar wordt gesproken van ‘degenen die bij de vervallenverklaring (...) een belang heeft’). Ik neem aan dat hier hetzelfde wordt bedoeld. Wij raken hier overigens een aspect van misbruik van bevoegdheid in het algemeen: wanneer een bevoegdheid wordt misbruikt, ontbreekt zij eigenlijk ten aanzien van het misbruik opleverende handelen, dekt zij dit handelen niet. Zij vindt in dat handelen haar grens. De door het BenGH gekozen route stelt dit in een extra scherp licht, want waar door onbehoorlijk gebruik van de in art. 14C BMW gegeven bevoegdheid de daarvoor vereiste ‘hoedanigheid’ van belanghebbende komt te ontbreken, kan van die bevoegdheid geen sprake zijn. Zij komt immers alleen de belanghebbende toe. Waar het BenGH in r.o. 28 overweegt ‘dat mag worden verondersteld dat de bevoegdheid van art. 14C niet ertoe strekt een vordering tot vervallenverklaring mogelijk te maken die (...) als onbehoorlijk moet worden aangemerkt’ geeft het eveneens aan dat de bevoegdheid begrensd wordt door het onbehoorlijk gebruik dat bestaat uit de onbehoorlijke vordering van de vervallenverklaring. Zie over deze kwestie bij misbruik van bevoegdheid in het algemeen Rodenburg, nr. 7 met verdere literatuur.) te hebben’ is overgelaten te beslissen of zij vervallenverklaring van dat merkenrecht willen vorderen. Maar vervolgens wordt overwogen (met woorden die in de Nederlandse tekst van het arrest letterlijk ontleend lijken te zijn aan art. 3:13 (30101014) lid 3 NBW) dat ‘in dit stelsel niet ligt besloten dat uit de aard van deze bevoegdheid zou voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt’. (De woorden ‘beslissen of zij ... willen vorderen’ in deze rechtsoverweging roepen de associatie met een wilsrecht van de (vermeende) belanghebbende op. Uit het vervolg van de rechtsoverweging blijkt in elk geval duidelijk dat, wat daarvan ook zij, dit niet meebrengt dat de bevoegdheid naar haar aard niet zou kunnen worden misbruikt. Daarmee wordt een mogelijke discussie over de vraag of dit wilsrecht wel kan worden misbruikt, terstond in de kiem gesmoord. Zie over wilsrechten en misbruik van bevoegdheid nader in verband met art. 3:13 lid 3 NBW Rodenburg nrs. 11 en 12.)

2.7 Ofschoon ik mij niet wil begeven in speculaties omtrent eventuele achterliggende motieven van het BenGH om de BMW uit te leggen als het — althans in mijn ogen — heeft gedaan, komt het mij voor dat deze uitleg de beste waarborgen biedt voor een zo uniform mogelijke toepassing van de BMW op dit punt door de nationale rechters. Gelet op de meer dan ondergeschikte verschillen tussen het Belgische en Nederlandse recht op het terrein van de toepassing van goede trouw, in het bijzonder waar het gaat om de beperkende werking daarvan, op welke verschillen het hof mogelijk doelt in r.o. 38, die ik reeds in mijn eerdere conclusie mocht aanstippen onder verwijzing naar de daar genoemde preadviezen van Van Ommeslaghe en Aaftink (TvP 17 (1980), p. 735–791 resp. 793–830.) en waarop ook de A□G Krings ingaat (P. 13–14 van zijn conclusie; in NJ 1989: p. 1032 r.k.–1033 l.k.), is het, naar ik meen, goed dat thans binnen het kader van de toepas-

sing van de BMW een begrip wordt gehanteerd dat meer aanrakingspunten oplevert tussen de beide rechtstelsels. Ik wil dit nu niet nader uitdiepen (Zie met name Rodenburg, nr. 36 over de beïnvloeding van art. 3:13 (30101014) NBW door Frans en Belgisch recht en nr. 38 over het Belgische recht. Zie in dit verband ook zijn opmerkingen over Belgisch recht op p. 65 met betrekking tot de relatie tussen redelijkheid en billijkheid (in contractuele verhoudingen) en rechtsmisbruik.), maar ik hoop hiermee mijn, misschien nogal strikte, uitleg van het arrest van het BenGH in deze zaak wat nader te hebben kunnen verklaren.

2.8 De beantwoording door het BenGH van de door Uw Raad gestelde vragen C en D roept thans de vraag op of onderdeel 5, en met name de subonderdelen 5.2 en 5.3, van het middel (nog) aldus kan worden verstaan, dat de in subonderdeel 5.2 geponeerde stelling (Ik citeer hier de weergave in r.o. 3.4, derde alinea, derde volzin, van het arrest van Uw Raad.)

dat het enkele feit, dat iedere belanghebbende op grond van de BMW het verval van het recht op een merk kan invoeren, in zijn algemeenheid niet betekent ‘dat zich tussen een

belanghebbende en de merkhouders nimmer omstandigheden kunnen voordoen, die een rechtsgeldig beroep op de beperkende werking van de goede trouw rechtvaardigen’

en de in subonderdeel 5.3 geopperde vraag

of de door PM gestelde (in het midden gebleven) omstandigheden BAT beperkte in haar beroep op verval van PM's merkrecht

geacht kunnen worden mede betrekking te hebben op de vraag of die omstandigheden i.c. meebrengen, dat BAT niet kan gelden als ‘belanghebbende’ in de zin van art. 14C BMW, omdat zij, door het verval van het onderhavige merk van PM in te roepen, op grond van genoemde omstandigheden in haar verhouding tot PM onbehoorlijk handelt en zich daarmee schuldig maakt aan misbruik van bevoegdheid.

2.9 In dit verband rijst allereerst de vraag of Uw Raad het middel destijds aldus heeft gelezen dat het betrekking heeft op een beroep op de goede trouw naar Nederlands nationaal, niet-eenvormig recht.

2.10 Deze vraag moet, naar het mij voorkomt, in zoverre bevestigend worden beantwoord, dat uit vraag C van het arrest van Uw Raad, gelezen in het licht van het tot dan toe door partijen gevoerde debat, naar voren komt, dat Uw Raad er voor het stellen van de vragen aan het BenGH van uit is gegaan, dat het beroep op de beperkende werking van de goede trouw betrekking had op het op dat punt geldende nationale Nederlandse recht — dit in tegenstelling tot het eenvormige recht van de BMW. Uw Raad spreekt immers van ‘uit het nationale recht voortvloeiende eisen van goede trouw’, en van een ander toepasselijk recht dan het Nederlandse is door partijen op dit punt met geen woord gerept. Dat geldt met name voor het toepasselijke recht van de BMW: door geen van partijen is tot aan het arrest van het BenGH betoogd dat een beroep werd gedaan op uit de BMW ‘voortvloeiende eisen van goede trouw’ of iets dergelijks.

2.11 Dit zou kunnen betekenen dat, nu het BenGH geen ruimte laat voor de werking van de uit het nationale recht voortvloeiende eisen van de goede trouw, het middelonderdeel, beperkt als het zou zijn tot een klacht over schending van dat nationale, niet-eenvormige recht, niet kan slagen.

2.12 De vraag is echter of Uw Raad ook thans nog aan die lezing van het middel gebonden is, als het middel op zichzelf ruimte zou laten voor een zodanige lezing, dat onder het beroep op bevoegdheidsbeperking die voortvloeit uit de goede trouw begrepen kan worden geacht het beroep op een bevoegdheidsbeperking van de aard als door het BenGH in het kader van de BMW mogelijk geacht.

2.13 Ik meen dat, nu het BenGH slechts toelaat een beroep op misbruik van bevoegdheid, dit alleen dan het geval zou kunnen zijn indien het middelonderdeel, mede in het licht van het debat dat partijen hebben gevoerd, ook geacht kan worden te omvatten de klacht dat het hof ten onrechte niet heeft onderzocht of de door PM gestelde feiten en omstandigheden misbruik van bevoegdheid aan de zijde van BAT opleveren. Zou het middelonderdeel zo kunnen worden opgevat, dan zou er m.i. alles voor te zeggen zijn om het tevens betrekking te laten hebben op het door het BenGH bedoelde misbruik van bevoegdheid volgens de normen en criteria van het eenvormige recht. Dat zou m.i. een redelijke toepassing van het voorschrift van art. 48 Rv tot aanvulling van rechtsgronden dan wel hebben meegebracht. (Zie over de verhouding tussen art. 48 Rv en cassatiemiddelen (in verband met het bepaalde in art. 419 lid 1 Rv), Vriesendorp, studiepocket, p. 98–99 onder c; Pels Rijcken, Twee studies rondom art. 48 Rv, II, in: RM Themis 1987, p. 180–189; Veegens/Korthals Altes/Groen, 1989, nr. 154.)

2.14 Het zou denkbaar zijn geweest dat PM haar beroep op een beperking van de bevoegdheid van BAT om de vervallenverklaring van het merk in kwestie in te roepen, uitdrukkelijk mede zou hebben gebaseerd op de ook in het nationale Nederlandse recht bekende rechtsgrond van misbruik van bevoegdheid, naast haar beroep op beperkende werking van de goede trouw (rechtsverwerking) naar Nederlands nationaal recht. (Zie voor de vindplaatsen in de stukken mijn eerdere conclusie onder 20. Om de daar vermelde reden laat ik haar beroep op afstand van recht verder buiten beschouwing.)

2.15 Er moet echter worden vastgesteld dat PM noch in de feitelijke instanties misbruik van bevoegdheid aan haar verweer tegen de vordering tot vervallenverklaring ten grondslag heeft gelegd, noch in cassatie heeft betoogd dat haar verweer mede op die grondslag had dienen te worden beoordeeld. Van de zijde van BAT is overigens wel in cassatie aan dit punt aandacht besteed, waar zij deed betogen (Schriftelijke toelichting, p. 24.): Overigens blijft in PM's processtukken net als in het middel geheel onduidelijk welke (verbintenis- of vermogensrechtelijke) ‘bijzondere rechtsbetrekking’ tussen PM en BAT de basis zou moeten vormen voor zo een beroep op de goede trouw. Zo'n betrekking bestaat ook niet. Hooguit lijkt in deze situaties ooit een beroep op ‘misbruik van bevoegdheid’ toegelaten. Aan

de strengere eisen voor zo'n beroep, is echter i.c. a fortiori niet voldaan, nog afgezien van het ontbreken van daarop gerichte stellingen van PM.

Op dit laatste heeft PM in haar repliek niet gereageerd. BAT is ervan uitgegaan, zoals blijkt uit deze passage, dat PM niet beoogde met het middel te klagen dat het hof haar verweer niet had beoordeeld op de grondslag van misbruik van bevoegdheid en getoetst had aan de daarvoor geldende criteria. M.i. mocht BAT daarvan ook uitgaan, gelet op de geschetste proceshouding van PM.

2.16 Verder lijkt me het volgende van belang. Weliswaar zijn — ik spreek over Nederlands recht — de beperkende werking van de goede trouw en met name rechtsverwerking enerzijds en misbruik van bevoegdheid anderzijds begrippen die naar aard en gevolgen dicht naast elkaar liggen en soms bij eenzelfde feitencomplex samenlopen (Zie bijv. Aaftink, Misbruik van recht en rechtsverwerking, in: NJB 1976, p. 753–766; Rodenburg, nrs. 23 e.v.), en zijn zij, om zo te zeggen, verschillende uitwerkingen van hetzelfde beginsel (Vgl. bijv. over de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid die gelden op het terrein van verbintenissen, overeenkomsten en andere rechtsverhoudingen, en maatschappelijke betamelijkheid uit art. 6:162 NBW die daarbuiten geldt, de opmerkingen van de regerings-commissaris Mr. Snijders, Parl.Geschiedenis Boek 6, p. 71: 'Voor wat betreft de rechtsgevolgen zal het overigens weinig verschil maken of van iemand een bepaald gedrag kan worden geeist op grond van redelijkheid en billijkheid of op grond van de betamelijkheid van art. 6:30101. In beide gevallen gaat het immers om de concrete omstandigheden van het geval, terwijl voor de vraag wat redelijk en billijk, resp. betamelijk is, steeds grote betekenis zal toekomen aan de (rechts)verhouding waarin partijen tot elkaar staan'. Overigens zij men er op bedacht dat misbruik van bevoegdheid en onrechtmatige daad niet steeds samen behoeven te vallen, omdat het eerste niet altijd het tweede oplevert, zie Rodenburg, nr. 34 met verdere literatuur.), maar in hun toepassing en de daarbij geldende criteria vallen zij in principe niet samen. (Zie Rodenburg, nr. 23 over de verhouding tussen misbruik van bevoegdheid en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie over de verhouding tussen misbruik van bevoegdheid en rechtsverwerking in het bijzonder Aaftink, Misbruik van recht en rechtsverwerking, in: NJB 1976, p. 753–766; idem, Rechtsverwerking en afstand van recht, in: TvP 1980, p. 793–830; Rodenburg, nr. 24.) In het geval van beweerdelijk misbruik van bevoegdheid zal de toetsing van het gewraakte handelen in de regel slechts een beperkte (marginale) zijn, zie bijv. de criteria in art. 3:13 lid 2 NBW, terwijl de eisen van redelijkheid en billijkheid een bredere toetsing (kunnen) meebrengen. (Dit zou overigens kunnen betekenen dat, nu het arrest van het BenGH zich daarover — begrijpelijk — niet uitlaat, bij de toepassing van art. 14C BMW vragen zullen kunnen rijzen aangaande de hier in acht te nemen criteria.)

2.17 Met het oog hierop ligt het voor de hand en mag zelfs worden verwacht dat een partij die op het een of

het ander in een geding een beroep wil doen, bij het presenteren van de feiten en het formuleren van haar standpunt met deze verschillen rekening houdt. Nu is het wel zo dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden dient aan te vullen, maar die plicht heeft hij alleen maar als de feitelijke stellingen van de partij die het aangaat, daartoe een basis bieden. Daarenboven geldt in cassatie nog een andere grens, te weten die welke door de klachten van de cassatiemiddelen wordt gesteld. (Zie hierboven in noot 10.) Dit betekent dat, wanneer in cassatie enerzijds wordt geklaagd dat de feitenrechter een in feitelijke instanties wel gestelde rechtsgrond niet heeft toegepast, maar niet met zo veel woorden wordt geklaagd dat het hof een andere, niet gestelde, rechtsgrond niet ambtshalve heeft bijgebracht, het contradictoire karakter van het geding meebrengt dat het cassatiemiddel ambtshalve niet zo snel zo zal mogen worden gelezen, dat het mede geacht wordt te klagen over toepassing van laatstbedoelde rechtsgrond, die in het debat tussen partijen geen rol heeft gespeeld. (Zie HR 14 mei 1976, NJ 1976, 550 (m.nt. WFP); HR 26 juni 1981, NJ 1982, 98 (m.nt. JCS), zie ook de conclusie OM (Mr. Franx) en de kritiek op dit arrest van Pels Rijcken, t.a.p. (hierboven noot 11).)

2.18 Wanneer ik, recapitulerend, in aanmerking neem dat

— PM klaarblijkelijk gekozen heeft voor een beroep op de beperkende werking van de goede trouw (rechtsverwerking) als grondslag voor haar verweer op dit punt en, om welke reden dan ook, een beroep op misbruik van bevoegdheid van de kant van BAT achterwege heeft gelaten,

— zij tot aan het arrest van Uw Raad van die keuze ook in cassatie is blijven uitgaan,

— BAT van een en ander is uitgegaan, en dat ook mocht doen,

meen ik dat het middelonderdeel niet de hierboven door mij onder 2.12 aangeduide ruimte biedt, laat staan dat het ruimte zou bieden voor een heropening van het debat met een uitbreiding daarvan tot de genoemde grondslag of een aanpassing van feitelijke stellingen. (Zie daarover Veegens/Korthals Altes/Groen, nr. 174. Vgl. in dit verband in het bijzonder het daar genoemde arrest HR 19 dec. 1980, NJ 1982, 65 (m.nt. EAAL) en de conclusie OM (Mr. Ten Kate) voor dat arrest, p. 231 l.k. Daarin werd niet toegestaan om na verwijzing een niet eerder gevoerd verweer te voeren, omdat, naar Uw Raad oordeelde, het voeren van dat verweer in hoger beroep 'bepaald voor de hand lag' (r.o. 1, tweede alinea, p. 229 r.k.).) Het arrest van het BenGH levert in zekere zin wel een nieuwe juridische situatie op, maar alleen voorzover het de werking van het nationale recht op het punt in kwestie uitsluit.

2.19 Het voorgaande brengt mee dat ook de subonderdelen 5.2 en 5.3 niet kunnen slagen, zodat, mede gelet op wat ik heb gezegd ten aanzien van onderdeel 3 en wat Uw Raad reeds heeft overwogen in r.o. 3.1 van zijn eerdere arrest, ook onderdeel 2 faalt. Op grond hiervan en van wat Uw Raad reeds heeft beslist in genoemd arrest ten aanzien van de overige middelonderdelen, moet

ik tot de slotsom komen dat het middel in zijn geheel faalt. Daarom bereik ik thans de volgende conclusie.

3 Conclusie

Deze strekt tot verwerping van het beroep.
