

Tilburg University

## Estoppel vanuit civil law perspectief

Mak, V.

*Published in:*  
Maandblad voor Vermogensrecht

*Publication date:*  
2015

*Document Version*  
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Mak, V. (2015). Estoppel vanuit civil law perspectief: Proefschrift van mr. J.H. Ermers. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 3-7.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Estoppel vanuit civil law perspectief

Proefschrift van mr. J.H. Ermers

*Prof. dr. V. Mak* \*

## 1 Inleiding

‘Gij zult een ander niet op het verkeerde been zetten.’ Dit axioma, verwoord door Herman Schoordijk, wordt door Jeroen Ermers in zijn boek op verschillende plaatsen aangehaald.<sup>1</sup> Het geeft ook kernachtig de teneur van het boek weer. Centraal staan situaties waar een partij heeft gehandeld in vertrouwen op de gedragingen of mededelingen van een andere partij, om daarna van de wederpartij te horen te krijgen dat dit vertrouwen misplaatst was. De wederpartij verandert van gedachten en – om een voorbeeld te geven – claimt alsnog volledige betaling op grond van een overeenkomst, terwijl zij eerder had aangegeven met de helft genoeg te nemen.<sup>2</sup> Of een partij bouwt, afgaand op wat is besproken met de wederpartij, een nieuwe toegang tot haar erf, waarbij gebruik wordt gemaakt van de weg die in eigendom toebehoort aan de wederpartij, om daarna te zien hoe de wederpartij het hek verrijdt en de toegang afsluit.<sup>3</sup> Kan in dit soort zaken een beroep worden gedaan op de eerder door de wederpartij opgewekte schijn?

In het Engelse recht worden dit soort gevallen onder de noemer van ‘estoppel’ gebracht. In het Nederlandse recht, net als in veel andere *civil law*-jurisdicties, wordt uitgegaan van het beginsel *venire contra factum proprium*, dat als *Fallgrupp* van de redelijkheid en billijkheid stelt dat een partij niet inconsistent mag handelen ten opzichte van eerder gedrag of een eerdere verklaring jegens haar wederpartij.<sup>4</sup> Een soortgelijk beginsel lijkt terug te komen in andere leerstukken, zoals rechtsverwerking of dwaling, maar volgens Ermers in zodanig verspreide mate dat het lastig voorspelbaar is welke uitkomst in een concreet geval zal volgen. Die onzekerheid leidt bovendien tot inefficiëntie van het recht (p. 12). De vraag is of wij iets kunnen leren van de technieken en hulpmiddelen die in de *common law*, in de vorm van *estoppel*, worden toegepast. Ermers promoveerde op 7 maart 2014 aan de Open Universiteit op dit onderzoek naar *Estoppel vanuit civil law perspectief*.<sup>5</sup>

Vooropgesteld moet worden dat het boek een rijke schakering van rechtspraak presenteert op dit gebied, zowel vanuit de Engelse als vanuit de Nederlandse rechtsorde. Daarmee vormt

het een mooie inleiding in het leerstuk van *estoppel*, waar voor het Nederlands privaatrecht zeker iets uit te leren valt, al is het maar om te zien dat soortgelijke gevallen ook anders kunnen worden opgelost. Niettemin is het uittesten van ‘vreemd’ recht een exercitie die zekere risico’s met zich brengt. Zoals wel bekend uit de rechtsvergelijkende literatuur over ‘legal transplants’ kan het inbrengen van vreemde rechtsfiguren in nationaal recht tot inpassingsproblemen leiden, ofwel ‘legal irritants’.<sup>6</sup> Daar komt bij dat een vreemde rechtsfiguur om in een ander stelsel een nieuwe oplossing of ‘grotere kenbaarheid’ (p. 12) te bieden op zichzelf duidelijk moet zijn. Hoewel het onderzoek van Ermers interessante gezichtspunten opwerpt, ben ik op deze punten niet volledig overtuigd door zijn betoog.

Ik licht deze punten verder toe, maar begin met een korte uiteenzetting van het leerstuk *estoppel*, dat wellicht niet voor alle Nederlandse privatisten tot de dagelijkse kost behoort.

## 2 Estoppel in het Engelse recht

De term *estoppel* in het Engelse recht is afgeleid van het Franse ‘estoup’, dat stop of plug betekent.<sup>7</sup> Als juridisch concept, algemeen verwoord, verwijst het naar de rechtsfiguur die het uitoefenen van een recht belemmert op de grond dat de recht-hebbende door zijn eigen handelen te kennen heeft gegeven dat recht niet te willen uitoefenen. In een vroege formulering door Coke:<sup>8</sup>

‘[A] man’s owne act or acceptance stoppeth or closeth his mouth to alleage or plead the truth.’

Uit deze algemene beschrijving heeft zich in het Engelse recht een grote verscheidenheid aan *estoppel*-acties ontwikkeld. Zoals Ermers aangeeft, hebben de rechtspraak en doctrine in Engeland veel moeite om een werkbare definitie van *estoppel* te formuleren:

‘Termen worden door elkaar gebruikt, de regel wordt óf in zulke algemene termen beschreven dat het nietszeggend is

\* Prof. dr. V. Mak is hoogleraar Nederlands en Europees verbintenissenrecht aan de Universiteit van Tilburg.

1. J. Ermers, *Estoppel vanuit civil law perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 13, 203 en 254.  
2. Voorbeeld ontleend aan E. Cooke, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 1-2.  
3. *Crabb v. Arun District Council* [1976] Ch 179 (CA).  
4. Vgl. art. I-1:103 DCFR.  
5. Promotores waren prof. mr. A.L.H. Ernes en prof. mr. J.G.J. Rinkes.

6. Vgl. G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, *Modern Law Review* (61) 1998, p. 11.  
7. S. Wilken & K. Ghaly, *The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (3de druk), Oxford: Oxford University Press 2012, p. 81. Ermers verwijst naar ‘estoupe’ (p. 40).  
8. E. Coke, *A Commentary on Littleton* (11de druk), London 1719, 352a, als geciteerd door Wilken en Ghaly (2012, p. 81).

óf er worden zoveel verschillende soorten onderscheiden dat het de lezer duizelt en de vraag rijst of het nog wel over één leerstuk gaat.’ (p. 23)

In grote lijnen kan wel een onderverdeling worden gemaakt van de verschillende vormen van *estoppel*. Onderscheiden worden, ten eerste, de formele *estoppel*-acties die een partij belemmeren terug te komen op een rechterlijke uitspraak (*per rem judicatam*) of een verklaring in een akte (*deed*), of op een verklaring of houding met betrekking tot land (*in pais*) in de relatie tussen pachter en leenheer.<sup>9</sup> Deze bewijsrechtelijke figuren vormen echter niet de kern van de moderne rechtsfiguren die onder *estoppel* worden gebracht. Ernaast bestaan, ten tweede, materieelrechtelijke vormen van *estoppel*. Daaronder vallen onder andere *estoppel by representation*, *estoppel by convention* en *promissory estoppel* (ook wel: *equitable estoppel*).<sup>10</sup> Het gaat in al deze gevallen om gevallen waar vertrouwd wordt op de door een partij opgewekte schijn, waarbij de schijn gewekt is ofwel door een verklaring, ofwel door (een tussen partijen gedeelde) gewoonte, ofwel door een belofte. Op basis van *estoppel* moet onder omstandigheden aan die opgewekte schijn gestand worden gedaan. In geval van *promissory estoppel* is bijvoorbeeld vereist dat (1) een duidelijke en ondubbelzinnige belofte is gedaan, (2) in vertrouwen waarop de eiser zijn positie heeft gewijzigd, en (3) het onbillijk (*inequitable*) is voor de eiser om op die belofte terug te komen. Kenmerkend voor *promissory estoppel* is daarnaast dat het effect van een succesvolle actie in de meeste gevallen leidt tot het tijdelijk niet inroepbaar zijn van de aan *estoppel* onderhavige rechten, en dat *promissory estoppel* geen ‘cause of action’ in het leven kan roepen.<sup>11</sup> Tot slot is een grote rol, zo niet de grootste voor wat betreft de rechtsontwikkeling, weggelegd voor *proprietary estoppel*.<sup>12</sup> Op grond van deze figuur is het mogelijk zakelijke rechten geldend te maken wanneer (1) bij de eiser op grond van gedrag of een verklaring verwachtingen zijn gewekt met betrekking tot het verkrijgen van een eigendomsrecht of ander beperkt recht, meestal op land, (2) de eiser in (redelijk) vertrouwen op dat gedrag of die verklaring heeft gehandeld, en (3) de eiser als gevolg daarvan schade heeft geleden.<sup>13</sup> *Proprietary estoppel* kan, anders dan *promissory estoppel*, wel een ‘cause of action’ creëren.

Overigens worden de materieelrechtelijke vormen van *estoppel* ook wel samengevat onder de noemer *estoppel by representation*. Ermers hanteert in navolging van Spencer en Bower

deze benaming.<sup>14</sup> Dat is op zich niet verkeerd, maar kan verhullen dat grote verschillen bestaan tussen de vormen van *estoppel* die eronder vallen.

Deze vrij uitgebreide opsomming is niet overbodig bij de bestudering van *estoppel*. De grote vraag – in het Engelse recht, maar ook als onderdeel van de door Ermers voorgestelde benadering – is of de verschillende vormen van *estoppel* onder de paraplu van een samenhangende theorie kunnen worden gebracht. Ermers zegt heel stellig dat de vraag ‘of er sprake is van één leerstuk, een unified theory’ naar zijn mening ‘bevestigend beantwoord [kan] worden’ (p. 133). Ik ben het in dezen niet zonder meer met hem eens. De Engelse literatuur laat een duidelijke scheidslijn zien tussen auteurs die van mening zijn dat een samenhangende theorie kan worden geformuleerd en auteurs die juist vinden dat daarvoor onvoldoende verband bestaat tussen de verschillende *estoppel*-acties. Op grond van de rechtspraak – in het Engelse recht de belangrijkste bron, of *authority* – lijkt die laatste visie de heersende te zijn.<sup>15</sup> Dat wordt overigens ook toegegeven door auteurs die betogen dat een ‘unifying theory’ wenselijk zou zijn.<sup>16</sup> Dat Ermers tot de conclusie komt dat wel een samenhangende theorie bestaat, gaat mijns inziens te kort door de bocht en verdient, zeker in het licht van de gezaghebbende tegengeluiden, een sterkere argumentatie. Tegelijk heeft de stelling dat een ‘unifying theory’ bestaat, belangrijke repercussies voor zijn analyse en conclusies met betrekking tot het Nederlandse recht. Ik bespreek beide punten.

### 3 Estoppel als beginsel?

Samenhang kan worden gezocht door *estoppel* als beginsel te beschouwen. Ermers acht het mogelijk een dergelijk beginsel in het Engelse recht te vinden, daarbij een basis zoekend in het dworkiniaanse onderscheid tussen regels en beginselen (hoofdstuk 3). In zijn omschrijving is *estoppel* te begrijpen als een beginsel dat gerechtvaardigd vertrouwen in ‘het gegeven woord’ beschermt, waarbij de basis moet worden gezocht in de redelijkheid en billijkheid.<sup>17</sup> Of in minder juridische bewoordingen: een partij is verantwoordelijk voor gedragingen van de wederpartij die door haar zijn aangemoedigd (p. 76). Dit beginsel geeft sturing aan de wijze waarop de rechter in (mogelijke) gevallen van *estoppel* tot een uitkomst moet komen, maar geeft geen ‘hard and fast rules’ (hoofdstuk 4).

Als weergave van het Engelse recht kan ik niet geheel in deze lezing meegaan. Ten eerste, wat wordt bedoeld met ‘beginsel’? Ermers verwijst naar Dworkins onderscheid tussen regels en beginselen. Beginselen zijn algemeen geformuleerd en schrijven, anders dan regels, geen vaste uitkomst voor, maar laten discretionaire ruimte aan de rechter om een passende oplossing te vinden (p. 64). Dat neemt niet weg dat beginselen

9. Vgl. Coke 1719, 352a.

10. Voor een overzicht, zie Cooke 2000, hoofdstuk 2 en 3. Zie ook E. McKendrick, *Contract Law: Text, Cases and Materials* (6de druk), Oxford: Oxford University Press 2014, hoofdstuk 5.

11. Een ‘cause of action’ is vergelijkbaar met een rechtsvordering in het Nederlandse recht. *Estoppel* werkt in de meeste gevallen ‘as a shield, not as a sword’, wat betekent dat bestaande rechten kunnen worden beschermd, maar dat er geen nieuwe rechtsvorderingen op kunnen worden gebaseerd. Zie McKendrick 2014, hoofdstuk 5.

12. Cooke 2000, p. 42 e.v.

13. *Thorner v. Major* [2009] UKHL 18; [2009] 1 WLR 776; en zie McKendrick 2014, hoofdstuk 5.

14. P. Feltham e.a. (red.), *Spencer Bower on The Law Relating to Estoppel by Representation*, Londen: Tottel Publishing 2004, p. 27.

15. Wilken & Ghaly, 2012, p. 86 e.v., i.h.b. p. 91; McKendrick 2014, hoofdstuk 5.

16. Cooke 2000, p. 62-63.

17. Ik leid dit af uit verschillende passages in hoofdstuk 1 t/m 3. Ermers verzuimt een helder gedefinieerde omschrijving te geven van dit ‘beginsel’, wat op zijn minst in hoofdstuk 3 passend zou zijn geweest.

in de *common law* een andere rol hebben dan in *civil law*-privaatrecht. Een onderscheid is bijvoorbeeld dat het beginsel van ‘unconscionability’ – best vertaald als oneerlijkheid, of iets van die orde – dat aan *estoppel* ten grondslag ligt, in het Engelse recht uitdrukkelijk eng wordt opgevat. In de meeste gevallen wordt geprobeerd om door een nadere formulering van elementen of voorwaarden enig grip op de werking ervan te houden.<sup>18</sup> Dat is ook af te leiden uit de wijze waarop de huidige rechtspraak wordt geïnterpreteerd in de Engelse literatuur. Ermers haalt een aantal meer recente uitspraken aan waarin ‘unconscionability’ als onderliggend beginsel wordt aangehaald. In *Gillett v. Holt* is door Walker LJ (nu als lid van de UK Supreme Court: Lord Walker) gesteld dat:<sup>19</sup>

‘the fundamental principle that equity is concerned to prevent unconscionable conduct permeates all the elements of the doctrine [of *estoppel*]. In the end the court must look at the matter in the round.’

Hoewel deze opvatting navolging heeft gekregen in latere uitspraken van de UK Supreme Court,<sup>20</sup> gaat het ver om daaruit af te leiden – zoals Ermers doet – dat van het toetsen aan vaste criteria voor *estoppel* afscheid is genomen (p. 130). In de rechtspraak is evengoed gezegd dat ‘the overwhelming weight of authority shows that detriment is required’.<sup>21</sup> De uitkomst lijkt dus eerder te zijn dat de vaste criteria altijd moeten worden getoetst in het licht van ‘unconscionability’, maar niet dat ze opzij zijn gezet. Ermers lijkt houvast te vinden in het voorbeeld van een zaak waar een claim op grond van *proprietary estoppel* werd afgewezen op grond van een ruime belangenafweging (zie p. 129).<sup>22</sup> In die uitspraak wordt echter ook naar afgebakende criteria verwezen, namelijk of de partij die een beroep doet op *estoppel* in de tussentijd ‘countervailing advantages’ heeft gehad die maken dat *estoppel* een disproportionele remedie oplevert.<sup>23</sup> Bovendien gaat het in dit geval om het vaststellen van de geschikte remedie, en niet om het vaststellen of het beroep op *estoppel* op zichzelf opgaat.<sup>24</sup> Ik heb om die reden moeite met Ermers’ lezing van het Engelse recht op dit punt, zeker omdat hij daarvoor in overige (Engelse!) literatuur weinig steun lijkt te vinden. Zoals Ermers zelf aangeeft: ‘Uit de recente rechtspraak blijkt dat, anders dan de literatuur wil [cursivering VM], zelfs het nadeelsvereiste niet heilig is’ (p. 132). De rechtspraak lijkt echter ook niet voldoende aanknopingspunten te bieden om tot deze conclusie te komen.

Dat brengt me bij een tweede, fundamenteel punt ten aanzien van Ermers’ lezing van *estoppel*. Is zijn bedoeling het Engelse recht te beschrijven (en vervolgens toe te passen op het Nederlandse recht), of wordt beoogd een normatieve stelling uit te werken over hoe het leerstuk van *estoppel* zich zou moeten ontwikkelen? Toegegeven, als gekozen is om te beschrijven, is aan een enigszins gekleurde keuze al bijna niet te ontkomen, omdat in de (Engelse) literatuur geen overeenstemming bestaat over de vraag of een ‘unified theory’ van *estoppel* bestaat of niet. Maar toch. Het is op zich mogelijk om de stand van zaken in het Engelse recht weer te geven zoals die nu is op basis van rechtspraak en literatuur, met een afweging welke rechtspraak wel of niet steun geeft aan een eenvormige theorie van *estoppel*.<sup>25</sup>

Ermers lijkt zich echter een ander, en moeilijker, doel te hebben gesteld. Hij beoogt *estoppel* te beschrijven ‘vanuit het perspectief van de civil law’ (p. 13). Zijn uitleg volgend, lijkt hij hiermee te willen zeggen dat methodologisch de functionele methode van rechtsvergelijking wordt gevolgd, waarbij wordt getoetst op welke wijze in de twee onderzochte rechtstelsels (Engeland en Nederland) uitdrukking wordt gegeven aan een beginsel van *venire contra factum proprium*.<sup>26</sup> Hier raak ik de draad enigszins kwijt. Op zich is het uiteraard mogelijk om te onderzoeken hoe met een bepaald probleem wordt omgegaan in verschillende rechtstelsels, waarbij de functionele methode voorschrijft dat er rekening mee moet worden gehouden dat de regels of technieken die ten aanzien van dat probleem worden gebruikt per rechtstelsel heel anders kunnen zijn. Wat Ermers echter voorstelt ten aanzien van het Engelse recht is om te bekijken of en hoe een beginsel uit de *civil law* tot uitdrukking komt in de rechtspraak (en literatuur) aldaar. Wordt daarmee niet al als primair uitgangspunt van het onderzoek vastgelegd dat er een dergelijk beginsel is, en dat het onderzoek van het Engelse recht dan per definitie beperkt is tot het onderzoeken op welke wijze dat beginsel uitdrukking heeft gekregen in regels of technieken?

Misschien wel als gevolg van die keuze bevat het boek bespiegelingen die erop gericht lijken te zijn de stelling te onderbouwen dát een beginsel van *estoppel* bestaat – of wellicht correcter, dat *estoppel* op beginselen gebaseerd is.<sup>27</sup> Het voorbeeld over *proprietary estoppel* en ‘unconscionability’ is een uiting daarvan (zie hierboven). Echt kloppend is het dan nog steeds niet, omdat het onderliggende beginsel voor het onderzoek al gegeven zou moeten zijn, namelijk *venire contra factum proprium*, terwijl in het Engelse recht weer andere beginselen naar voren komen.<sup>28</sup> Daarnaast kan een cirkelredenering ontstaan ten aanzien van het tweede deel van het boek, de toepassing van *estoppel* op het Nederlandse recht. Als wordt uitgegaan van *venire contra factum proprium* als beginsel, dan

18. Vgl. M. Dixon, *Confining and Defining Proprietary Estoppel: The Role of Unconscionability*, *Legal Studies* (30) 2010, p. 408.

19. *Gillett v. Holt* [2000] EWCA Civ 66; [2001] Ch 210, p. 225.

20. *Zie Fetter and Another v. Revenue and Customs* [2013] UKSC 26; [2013] 2 AC 108 en *Fisher v. Brooker* [2009] UKHL 41; [2009] 1 WLR 1764.

21. *Gillett v. Holt*, p. 232.

22. *Sledmore v. Dalby* [1996] EWCA Civ 1305; (1996) 72 P&CR 196.

23. Bovendien gaven de feiten in *Sledmore* niet voldoende basis om aan te tonen dat op zich wel aan de criteria voor *proprietary estoppel* zou zijn voldaan. Vgl. Lord Walker in *Fisher v. Brooker*, par. 11.

24. Zie ook Wilken & Ghaly 2012, p. 245 e.v. (in het hoofdstuk over *proprietary estoppel*, de paragraaf die gaat over remedies).

25. Vgl. bijv. McKendrick 2014 of Wilken & Ghaly 2012.

26. Ibid.

27. Ermers noemt *estoppel* een beginsel (p. 61 en 132), maar verwijst ook naar vertrouwen als onderliggend beginsel van *estoppel* (p. 66), *estoppel* als een ‘juridisch mechanisme’ om inconsistent gedrag tegen te gaan (p. 76), en hij geeft aan dat bij *estoppel* het onderliggende beginsel dat men trouw is aan het gegeven woord wordt afgewogen tegen andere beginselen (p. 78).

28. Zie noot 27.

kan uit het onderzoek naar het Engelse recht niet een opzichzelfstaand beginsel van *estoppel* worden afgeleid dat (zoals Ermers beoogt) kan worden toegepast in het Nederlandse recht. Dan wel direct, dan wel via deze analyse van het Engelse recht 'in civil law perspectief' zou de toets van het Nederlandse recht ook neerkomen op een toets aan het *venire contra factum proprium*-beginsel. In de uiteindelijke toepassing van het Engelse recht gaat het dan veeleer om het toetsen of de *techniek* van *estoppel* – bijvoorbeeld de vaste criteria die worden gebruikt – kan worden toegepast in het Nederlandse recht. Dat is wel een andere vraag.

#### 4 Toepassing op het Nederlandse recht

Los van de bredere onderzoeksvraag is de analyse van de Nederlandse doctrine en rechtspraak verdienstelijk gedaan en geeft deze een interessant overzicht van zaken waarin sprake was van terugkomen op opgewekte schijn. Opvallend is daarbij dat dit soort situaties onder een groot aantal bestaande rechtsfiguren kan worden gebracht: afstand van recht, rechtsverwerking op basis van gewekt vertrouwen in de afstand van recht, rechtsverwerking in verband met het onredelijk verzwaren van de positie van de wederpartij of rechtsverwerking door een uitleg van de verbintenis naar redelijkheid en billijkheid (p. 163). Deze leerstukken zijn op een abstracter niveau wel onder eenzelfde noemer te brengen, omdat het alle verschijningsvormen zijn van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (p. 163).<sup>29</sup>

Gezien de ogenschijnlijke overeenkomst tussen *estoppel* en deze figuren in het Nederlandse privaatrecht, komt het betoog van Ermers er in grote lijnen op neer dat het leerstuk *estoppel* in *civil law*-tradities als het Nederlandse recht gebruikt kan worden om invulling te geven aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Op zich zou daarvoor iets te zeggen zijn, waarbij ik de kanttekening maak dat, zoals in de vorige paragraaf aangegeven, het daarbij niet gaat om de toepassing van een beginsel van *estoppel*, maar veeleer om de techniek van *estoppel*. Daarbij moet in gedachten worden gehouden dat Ermers van de hypothese uitgaat dat toepassing van het leerstuk *estoppel* het recht 'meer kenbaar en efficiënter' kan maken (p. 13). Ook in dat opzicht is het passender om in de richting van regels of technieken te denken, omdat die een duidelijker uitkomst voorschrijven dan beginselen.<sup>30</sup>

Als toepassing verdedigt Ermers onder andere dat het arrest Baris/Riezenkamp gelezen moet worden vanuit de sleutel van rechtsverwerking:

'Doorslaggevend bij een beroep op dwaling is niet het wilsgebrek van de dwalende of het vertrouwen van de wederpartij, maar de onderlinge gehoudenheden op grond van de redelijkheid en billijkheid. Wie zijn zorgplichten jegens de ander niet nakomt, kan zich niet beroepen op een wilsgebrek c.q. op de omstandigheid dat de dwaling niet verschoonbaar is.' (p. 224)

29. En, zoals gezegd aan het begin, als vormen van *venire contra factum proprium*.

30. Wat Ermers zelf toegeeft t.a.v. het 'beginsel' van *estoppel* (zie p. 66).

Om eerlijk te zijn zie ik daar niet heel veel nieuws in ten opzichte van de huidige afweging van onderzoeks- en mededelingsplichten, die kenmerkend is voor het leerstuk dwaling.

Ermers lijkt de originaliteit van de door hem voorgestelde benadering te zoeken in het beginsel van *estoppel*. Hij brengt herhaaldelijk naar voren dat de beperking in de uitoefening van bevoegdheden, die bijvoorbeeld bij onderzoeks- en mededelingsplichten geldt, kenmerkend is voor *estoppel* (p. 214 en 219). Als een algemeen beginsel – 'gij zult een ander niet op het verkeerde been zetten' – kan daarin zeker een gelijksoortig uitgangspunt worden gezien. In de analyse van Ermers wordt echter niet heel veel duidelijker wat de figuur, of de *techniek*, van *estoppel* heeft toe te voegen aan het Nederlandse recht. Betekent dit dat met andere criteria getoetst moet gaan worden door de rechter, bijvoorbeeld de 'vaste criteria' die bij verschillende *estoppel*-acties worden gehanteerd?<sup>31</sup> Komen er andere remedies uit voor de partij die een succesvol beroep doet op *estoppel*? Deze vragen worden niet verder uitgewerkt in het boek.

Wat blijft hangen, is de conclusie dat vragen met betrekking tot het terugkomen op opgewekte schijn in het Nederlandse privaatrecht worden afgehandeld onder de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat beginsel is al neergelegd in de wet, en wel in art. 6:248 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Ermers komt dan ook tot de conclusie dat geen wetswijziging nodig is om *estoppel* toe te passen in het Nederlandse recht (p. 261).<sup>32</sup> Wel pleit hij voor het uitdrukkelijk erkennen van *estoppel* in de rechtspraak en de literatuur, met als doel een duidelijke categorie te creëren binnen de redelijkheid en billijkheid.<sup>33</sup> Wat dit toevoegt naast *venire contra factum proprium* blijft mijns inziens in het midden, en dat is jammer.

#### 5 Tot slot

Van gedachten veranderen is op zich niet erg. Het mag – zij het dat het aan te raden is om dit slechts in weloverwogen gevallen te doen – in de wetenschap. Peter Birks, een van de belangrijkste rechtsgeleerden in het moderne Engelse privaatrecht, kwam in zijn laatste boek terug op een aantal pijlers van de theorie die hij tot dan toe had uitgedragen ten aanzien van *unjust enrichment* in het Engelse recht.<sup>34</sup> De bewondering voor zijn wetenschappelijke werk is er niet minder om.

Dat het anders is in rechte wanneer door een andere partij is gehandeld in vertrouwen op de gewekte schijn, is op zich geen verrassing. Binnen welke bandbreedte in zulke gevallen een actie in rechte bestaat, is de cruciale vraag. Het boek van

31. Zie par. 2.

32. Ermers maakt daarbij een onderscheid tussen de werking van *estoppel* (art. 6:248 lid 2 BW) en de ratio van *estoppel* (art. 6:2 lid 1 en 6:248 lid 1 BW).

33. Ibid.

34. In het bijzonder de, in het Engelse recht nog steeds heersende, opvatting dat een actie uit ongerechtvaardigde verrijking gebaseerd moet zijn op een van de erkende 'unjust factors'; Birks verwierp deze ten faveure van een *civil law*-benadering waarin verrijking in beginsel altijd ongerechtvaardigd is, tenzij het tegendeel kan worden bewezen. Zie P. Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford: Clarendon Press 2003.

Ermers laat zien dat binnen zowel het Engelse als het Nederlandse recht een groot aantal leerstukken kan worden onderscheiden, die als variant kunnen worden beschouwd van het beginsel dat een partij niet op haar woord kan terugkomen indien een ander daar reeds (gerechtvaardigd) op vertrouwd en naar gehandeld had. Gezien de vele variaties van *estoppel* in het Engelse recht, lijkt het me echter nog geen uitgemaakte zaak dat het Nederlandse recht veel zal opschieten met het invoeren van *estoppel* in de rechtspraak en de doctrine. Op sommige punten blijft het Engelse recht een opzichzelfstaand fenomeen, ontwikkeld 'in splendid isolation'.