

Misbruik van recht als overgangsfiguur

*J.B.M. Vranken**

1. In dit huldenummer van het Leidse BW-krant jaarboek 1996 ter gelegenheid van het vijftigste verschijningsjaar van Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, heeft de redactie mij het onderwerp misbruik van recht toebedeeld. Blijkens het Voorwoord heeft Wolfsbergen in zijn boek alleen geschreven over onderwerpen waarvan hij vond dat ze tot dan toe ofwel stiefmoederlijk waren bedeed, ofwel te veel in een vals licht waren geplaatst. Hoofdstuk 4 over misbruik van recht behoorde voor hem zonder twijfel tot de laatste categorie. Er was sprake van een ver doorgevoerde onderscheidingsdrift die het leerstuk onhanteerbaar dreigde te maken, althans in de wetenschap, want de rechtspraak wist zich naar zijn zeggen wel te redden.

2. Ik zal het debat dat Wolfsbergen met andere auteurs is aangegaan, niet heropenen. Dat heeft weinig zin. Ook de voor Wolfsbergen en zijn tijdgenoten nog grote betekenis van het begrip subjectief recht laat ik buiten beschouwing. Evenmin behoef ik nader in te gaan op de richting die Wolfsbergen¹ gewezen heeft, aangezien deze inmiddels de gangbare is geworden: rechtsuitoefening dient redelijk te zijn, hetgeen betekent dat men behoort te letten op de gerechtvaardigde be-

* Prof. mr. J.B.M. Vranken is advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant. Hij dankt mr. J.G.A. Linssen en mr. J.M. Smits van de vakgroep privaatrecht van de Juridische Faculteit KU Brabant voor hun kritische op- en aanmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Overigens niet als enige. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, diss. 1972 noemt op p. 62-63 voor de periode tot 1946 — het jaar waarin het boek van Wolfsbergen verscheen — de namen van Wijnstroom, Meijers, R.J. Polak, De Haan, Okma, Helmich en Suyling. Van de in 1945 verschenen dissertaties van Okma en Helmich heeft Wolfsbergen geen kennis meer kunnen nemen. Hij was toen al gestorven (Auschwitz, november 1944).

langen van derden die erbij betrokken zijn of erdoor geraakt kunnen worden.²

Mijn aandacht gaat uit naar de methodologische kant van de gevolgde benadering. Ik onderken daarin een aanzet van wat in de tweede helft van deze eeuw is uitgegroeid tot een betrekkelijk algemeen aanvaarde wijze van rechtsvinding in civiele zaken, maar die er tegelijkertijd voor heeft gezorgd dat misbruik van recht in grote delen van het vermogensrecht als afzonderlijk leerstuk vrijwel heeft afgedaan. Het verschijnsel doet zich nog steeds voor.³ Misbruik van recht lijkt daarmee gedoemd te zijn de functie te vervullen van een soms nuttig breekijzer, dat echter, zodra het met succes is ingezet, gemakkelijk door andere leerstukken en ontwikkelingen geabsorbeerd, overvleugeld of opzijgezet kan worden.

3. De toelichting op deze stelling vergt een ietwat langere aanloop dan gebruikelijk. Zij voert mij vooral naar de jaren twintig van deze eeuw toen misbruik van recht in Nederland vaste(re) voet aan de grond begon te krijgen.⁴ Omstreeks die tijd tekenden zich ook andere ontwikkelingen af die zich aan dezelfde of aan nauw verwante bronnen laafden. Ik begin met een schets van deze samenhang.

THE ROARING TWENTIES

4. Misbruik van recht is bij uitstek een relatie-begrip, aldus Eggens. Het benadrukt en verfijnt het besef van 'even-maat' in de verhouding tussen mensen⁵ en daarmee van de niet-absoluutheid of, misschien beter, van de sociale dimensie van rechten en bevoegdheden. Op andere terreinen was dit besef al eerder doorgedrongen. Met name de parallel met de verruiming van het begrip onrechtmatige daad tot maatschappelijke onzorgvuldigheid in 1919 (Lindenbaum/Cohen) en van het begrip natuurlijke verbintenis tot dringende verplichtingen van moraal en fatsoen in 1926 (Goudse Bouwmeester), springt in het

2. T.a.p., 1946, p. 75-81. In de slotparagrafen legt hij een verbinding met het doel van het subjectieve recht (p. 89-92 jo hoofdstuk VII).

3. Hierna in de tekst onder 10-12.

4. Het begin wordt meestal gelegd bij HR 17 februari 1927, NJ 1927, 391 en HR 15 juni 1928, NJ 1928, 1604. Rechtsvergelijkend liep Nederland achter bij België, Frankrijk, Duitsland en Zwitserland. Zie over de historische wortels van misbruik van recht onder meer Meijers, *Misbruik van recht en wetsontduiking*, 1937 (VPO I, p. 68-69, met verdere verwijzingen).

5. Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht*, 1947 (VPO deel 2, p. 116-132).

oog. De parallellie is hierin gelegen dat in al deze gevallen eisen van positieve moraal worden aangemerkt als geldend recht.

Minder bepaald door eisen van moraal en fatsoen is de ongegronde vermogensvermeerdering waarvoor Bregstein in zijn dissertatie van 1927 aandacht vroeg. Ongegronde vermogensvermeerdering fungeert als het sluitstuk van het goederen- en verbintenissenrecht en biedt een oplossing in gevallen die anders zouden kunnen stuklopen op de strakheid van het systeem. Vanuit deze optiek, gevoed door de maatschappelijke behoefte aan een soepeler zekerheidsrecht dan het wettelijk pandrecht, zijn ook de Bierbrouwerij-arresten van 1929 te begrijpen.

5. Een duidelijk voorbeeld van het besef van ‘even-heid’ is de erkenning, reeds in 1916,⁶ dat in gevallen van eigen schuld het alles-of-niets-principe niet meer past en vervangen moet worden door een evenredige verdeling. In dezelfde sfeer ligt de rechtspraak over partiële nietigheid⁷ en over gedeeltelijke ontbinding.⁸ De eerste is meteen vanaf het begin gebaseerd op uitleg van de overeenkomst, de tweede heeft het lange tijd moeten doen met de fictie van de stilzwijgende wilsverklaring en is pas later⁹ in verbinding gebracht met een redelijke, bij de aard van de overeenkomst aansluitende, uitleg van art. 1302 en 1303 (oud) BW. Overigens waren en zijn ficties in het recht niet ongebruikelijk. Scholten schreef in zijn Algemeen Deel¹⁰ dat ze van groot belang zijn voor de rechtsontwikkeling, omdat ze er mede toe dienen de voortdurende botsing tussen nieuwe eisen en het bestaande systeem op te vangen. Wel meende hij dat ze waardeloos worden zodra ze als zodanig worden erkend. Bij sommige ficties uit de jaren twintig heeft dit echter verrassend lang geduurd. Zo bijvoorbeeld bij de rechtsverwerking, die als een stilzwijgende afstand van recht werd geconstrueerd. Het heeft tot het arrest Maaskant/De Oude

6. HR 4 februari 1916, NJ 1916, 450.

7. HR 14 maart 1929, NJ 1929, 1382.

8. HR 5 maart 1926, NJ 1926, 504 en HR 11 maart 1926, NJ 1926, 508 met kritische noten van Paul Scholten.

9. Een beschrijving van de verdere ontwikkeling is te vinden bij Bakels, Ontbinding van wederkerige overeenkomsten, diss. 1993, p. 292-297.

10. Asser-Scholten, Algemeen Deel, 1931, p. 71 (1974, p. 53). Over dit thema ook de Akademierede van Meijers, Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring, 1937 (VPO III, p. 277-300, met name de voorbeelden op p. 287-292) en de oratie van Eggens, Over het fingeren van rechtsficties, 1958 (VPO deel 2, p. 314-328).

van 1952¹¹ geduurd voordat deze fictie openlijk is afgelost door de goede trouw van art. 1374 lid 3 (oud) BW.

Eerder al, in 1926,¹² had art. 1374 lid 3 (oud) BW aan de wieg gestaan van het schuldeisersverzuim en de onmogelijkheid van rechtsuitoefening. In deze leerstukken komt tot uitdrukking dat een crediteur niet alleen *recht* heeft op nakoming, maar dat op hem soms ook de uit de goede trouw voortvloeiende *plicht* rust de debiteur in staat te stellen na te komen c.q. te accepteren dat de debiteur zich op een bepaalde manier van zijn verbintenis kwijt. Vergeleken met voordien is op deze manier meer evenwicht gebracht in de verhouding van schuldeiser en schuldenaar.

Ook de sedert 1924 gevestigde rechtspraak¹³ inzake bindend advies steunt rechtstreeks op art. 1374 lid 3 (oud) BW. De Hoge Raad heeft hierin de inhoud en de wijze van totstandkoming getoetst aan de redelijkheid en billijkheid en heeft beslist dat indien het advies deze toets niet kan doorstaan, de benadeelde partij er niet aan gehouden kan worden. Meijers had verdedigd — en bleef ook daarna verdedigen¹⁴ — dat in een dergelijk geval het advies tussen partijen desondanks bindend was en de benadeelde genoeg moest nemen met een vordering tot schadevergoeding tegen de bindend adviseur.

6. Tegenover deze positieve notities staan evenzovele negatieve. Anders gezegd: ook in het recht zijn de jaren twintig van deze eeuw niet alleen maar ‘roaring’ geweest. Opschortingsrechten bleven beperkt tot de in de wet genoemde gevallen.¹⁵ Nietigheidssancties werden, ondanks de vehemente pleidooien voor het tegendeel van

11. HR 14 november 1952, NJ 1953, 135. Zie over de situatie vóór dit arrest onder meer Houwing, Rechtsverwerking, preadvies BCN 1968, p. 2-20 met vermelding van veel rechtspraak vanaf de jaren twintig.

12. HR 18 juni 1926, NJ 1926, 1078 (Spoorwegkamp Andruicq).

13. Asser-Hartkamp II, 1993, nr. 326 en 327.

14. Meijers, Art. 1374 lid 3 B.W. en het zogenaamde bindend advies, 1924 (VPO III, p. 131-142). Een soortgelijke strikte opvatting huldigde Meijers ten aanzien van de executie van vonnissen die onjuist zijn: de kort geding-rechter mag hier niet ingrijpen (Meijers, Het kort geding, bew. door J. Vermeulen, 1967, p. 136-143). Inmiddels is juist voor deze gevallen misbruik van recht nog steeds een nuttig breekijzer: zie onder meer Oudelaar, Civielrechtelijke executiegeschillen, 1992, p. 272 e.v.

15. Streefkerk, Opschortingsrechten, Mon. NBW B-32b, 1995, p. 1-2.

onder meer Van Oven,¹⁶ niet gemitigeerd door de goede trouw. Ook anderszins erkende men buiten de hierboven genoemde gevallen van bindend advies en schuldeisersverzuim de beperkende werking van de goede trouw niet of nauwelijks: situaties van tijdelijke overmacht als gevolg van oorlog bijvoorbeeld deden niet af aan de verbindende kracht van de overeenkomst — de Sarong- en Weefgetouwjurisprudentie¹⁷ — en bij het betalen van geldschulden werd ook in geval van vèrgaande geldontwaarding strak vastgehouden aan het nominaliteitsprincipe: Mark is Mark.¹⁸ In het onrechtmatige daadsrecht werd de in 1919 aanvaarde categorie van de maatschappelijke onzorgvuldigheid nog niet toepasselijk geoordeeld op het handelen van de overheid.¹⁹ Ook voor een preventief verbod en bevel stond deze categorie nog lange tijd buiten spel.²⁰

DE HUIDIGE METHODE VAN RECHTSVINDING: CONCRETISERING EN RELATIVERING

7. De voorgaande schets, hoe onvolledig ook, maakt duidelijk dat in Nederland de groei van het leerstuk misbruik van recht niet op zichzelf heeft gestaan, maar zich ingebed wist in een bredere stroom van nauw verwante ontwikkelingen. Trefwoorden waren goede trouw, zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer en oog voor gerechtvaardigde belangen van anderen.

Ook methodologisch heeft misbruik van recht zich niet op een eiland bevonden. Eén van de meest omstreden discussiepunten betrof de vraag of men — in de woorden van Wolfsbergen²¹ — eerst moest beginnen met het vaststellen van de inhoud van het recht om vervolgens in bepaalde gevallen aan te nemen dat daarvan een als misbruik te diskwalificeren gebruik was gemaakt — dit wil zeggen de visie dat

16. Zie voor een beschrijving hiervan met name Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. 1988, p. 64-69 jo p. 82 met de uitwerking op p. 83 e.v.

17. De bekende arresten van HR 8 januari 1926, NJ 1926, 203 en HR 19 maart 1926, NJ 1926, 441.

18. HR 2 januari 1931, NJ 1931, 274. Zie voor veel meer gegevens Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, diss. 1972, *passim*.

19. HR 29 juni 1928, NJ 1928, 1138 (Strooppot). Voor meer achtergrondinformatie verwijs ik naar de beschouwingen van Van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, 1989, p. 142-144, 155-158 en 191-194.

20. Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, 1978, p. 49-52.

21. T.a.p., 1946, p. 73, 81 en, meer in het algemeen, p. 129-131.

het handelen op zichzelf geoorloofd was, maar in de concrete omstandigheden van het geval ongeoorloofd werd —, of dat men in dergelijke gevallen, na uitleg, moest concluderen dat het recht de gewraakte handeling niet eens omvatte en er dus ook geen sprake kon zijn van misbruik.

Okma heeft in zijn proefschrift de twee benaderingswijzen achtereenvolgens de correctieve en de interpretatieve genoemd. Zijn keuze voor de correctieve methode haalde hem de gramschap van Eggens op de hals. Met de hem kenmerkende scherpte en overtuiging van het eigen gelijk,²² verweet Eggens Okma dat deze het probleem niet voldoende had laten rijpen en dat hij, als hij dat wel zou hebben gedaan, zou hebben vastgesteld dat de gepretendeerde tegenstelling geen stand kòn houden.²³ Met instemming verwees Eggens daarom onder meer naar Wolfsbergen die dit volgens hem beter had gezien.²⁴

8. Het is niet moeilijk in dit debat de discussie te proeven die naderhand is losgebarsten over de beperkende werking van de goede trouw versus de normatieve uitleg. Die discussie bestrijkt een zo breed terrein dat vergelijkbare themata over deelonderwerpen als misbruik van recht er vrijwel volledig door zijn geabsorbeerd.

De wetgever heeft, zoals bekend, in art. 6:2 BW en art. 6:248 BW gekozen voor de beperkende werking. Dit standpunt is fel bestreden door met name Schoordijk en Van Dunné. Ik heb mij hierover nooit kunnen opwinden. Niet omdat ik de theoretische impact van de tegenstelling niet zie (geloof ik), maar omdat de tegenstelling naar mijn mening inmiddels is voorbijgestoken door wat thans, met name in het verbintenissenrecht, als de meest gangbare wijze van rechtsvinding in civiele zaken moet worden beschouwd. Essentieel hierin is de verbinding van twee elementen. Het eerste is inhoudelijk en kan omschreven worden met behulp van dezelfde trefwoorden die ik hierboven onder 7 heb genoemd. In het arrest Baris/Riezenkamp van 1957 heeft de Hoge Raad dit element bijna programmatisch verankerd door

22. J.M. Smits, Eggens als recensent, *Ius Civile*, 1995, nrs. 1 en 2.

23. Vergelijk de in noot 6 vermelde boekbespreking, alsmede zijn kort tevoren (oktober 1946) uitgesproken inaugurele rede over Transpositie en conversie, 1946 (VPO deel 2, p. 82-102).

24. De wetgever nieuw BW heeft uiteindelijk ook gekozen voor de opvatting dat 'het misbruik in wezen de grenzen van de bevoegdheid zelf nader bepaalt' (PG Invoeringswet boek 3, p. 1048), maar gaat niet zo ver als bijvoorbeeld Van Dunné had gewild die het leerstuk overbodig achtte.

te eisen dat men zich mede moet laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Van daaruit is het steeds verder verspreid.

Het tweede element is methodisch van aard en houdt in dat in de huidige rechtspraak meestal niet meer, zoals vroeger, beslist wordt aan de hand van abstracte regels, maar aan de hand van, zonodig in de uitspraak zelf nog te formuleren, lijsten van relevante gezichtspunten, vuistregels of sub-regels. Alle feiten en omstandigheden van het concrete geval die hieronder gerangschikt kunnen worden of die aanleiding geven voor een nieuw gezichtspunt, vuistregel of sub-regel, worden in de oordeelsvorming betrokken. In zoverre hangt de beslissing over wat in een concreet geval rechtens is, mede af van de feiten en omstandigheden van het concrete geval zelf. Met name sinds het arrest *Saladin/HBU* van 1967 is deze wijze van beslissen ingeburgerd.

9. Het voorgaande in twee zinnen samenvattend: rechten en bevoegdheden zijn gerelativeerd doordat ze onder het banier zijn geplaatst van hun verhouding tot anderen. Deze relativering veronderstelt evenwel een concretisering van de norm, omdat anders onvoldoende recht kan worden gedaan aan de bijzonderheden van de verhouding waarin partijen tot elkaar staan.

TUSSEN BREEKIJZER EN VERGETELHEID

10. De wetgever heeft in 1992 deze wijze van rechtsvinding voor grote delen van het vermogensrecht min of meer gecodificeerd. Normen zijn meer dan in het oude BW concreet gemaakt. Dat is gebeurd door middel van verwijzingen naar de omstandigheden van het geval, de verkeersopvattingen en, vooral, naar de redelijkheid en billijkheid, waarbij mede rekening moet worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen (art. 3:12 BW). Met de aard van de wetgevende taak hangt samen dat de verwijzingen in overwegende mate bij wege van algemene voorziening zijn getroffen en niet per wetsartikel, al komen ze ook daarin wel voor.

Concretisering van normen is overigens niet (nooit) afhankelijk van een wettelijk keurstempel. De rechter kan er ook zelf toe besluiten. Dat heeft hij in het verleden veelvuldig gedaan en hij doet het nog steeds. Wel is het inmiddels zo dat wanneer een beroep kan worden gedaan op redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke

zorgvuldigheid — en die gevallen zijn de afgelopen decennia in rechtspraak en wetgeving sterk toegenomen —, misbruik van recht niet meer aan de orde komt. Concretisering geschiedt dan in de vorm van een uitwerking van redelijkheid en billijkheid of van maatschappelijke zorgvuldigheid. Inhoudelijk bestaat tussen deze beide begrippen geen relevant verschil.

11. Er zijn echter rechtsgebieden waar de redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid (nog) niet of nauwelijks, althans minder dominant aanwezig zijn²⁵ en waar ook anderszins nog geen vèrgaande concretisering heeft plaatsgevonden. Ik denk met name aan het personen- en familierecht, het procesrecht en het overheidsprivaatrecht c.q. aan het privaatrecht voor instanties of organisaties die publieke taken vervullen.²⁶ Voor die gebieden kan misbruik van recht nog steeds een nuttige functie vervullen.²⁷ Niet omdat de toetsingsmaatstaven van misbruik van recht en redelijkheid en billijkheid of maatschappelijke zorgvuldigheid zo van elkaar verschillen,²⁸ maar omdat de toets meestal begint bij gevallen waarin sprake is van louter dwarszitten of van een evident niet bedoeld gebruik van rechten of bevoegdheden. Daaraan moet paal en perk worden gesteld. Natuurlijk kan men dit doen met behulp van de redelijkheid en billijkheid of de maatschappelijke zorgvuldigheid, maar dat is een veel ruimere maatstaf dan voor het te beslissen (type) geval nodig is. Men is dan vaak aan zo'n ruimere maatstaf nog niet toe, omdat men nog niet kan overzien waartoe de ontwikkeling leidt. In een dergelijke situatie verdient een stap-voor-stap-aanpak de voorkeur: de rechter behoudt de leiding en kan aan de hand van nieuwe gevallen die zich

25. Dat kan te maken hebben met het sterkere publiekrechtelijke karakter van het rechtsgebied of met het meer doelgebonden karakter van de bevoegdheden.

26. Zeer kritisch over dit criterium is overigens Zijlstra in o.m. een noot onder AB 1996, 136, waarin tevens verdere verwijzingen.

27. Blijkens een klein rechtspraak-onderzoek vervult het die nuttige functie ook inderdaad. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad van 1994 en 1995 volgt dat de meeste uitspraken over misbruik van recht (bevoegdheid) betrekking hadden op het terrein van het procesrecht en het personen- en familierecht. Ik dank mr. drs. A.F. Salomons van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad voor zijn hulp bij het verzamelen van deze gegevens.

28. Anders Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid, Mon. NBW A-4, 1985, waartegen terecht Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3, 1986, p. 23-37. Ook wetgever deelt de visie van Rodenburg niet (PG Invoeringswet boek 3, p. 1040, 1049 en 1051).

voordoen en aan de hand van het kommentaar in de juridische literatuur, beoordelen of de ingezette koers de juiste is of moet worden bijgesteld.

Misbruik van recht is voor deze aanpak precies het juiste instrument. Het kan zich zowel beperken tot een louter tegengaan van dwarsheid en willekeur (de beginfase) als een volledige afweging van belangen mogelijk maken. Uiteindelijk komt men meestal bij dit laatste uit. Althans is dit de ontwikkelingslijn op de drie genoemde rechtsgebieden. In de laatste fase bestaat inhoudelijk geen verschil meer met de redelijkheid en billijkheid of de maatschappelijke zorgvuldigheid. Alleen heet het anders: in het procesrecht de goede procesorde en in het overheidsprivaatrecht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zodra de ontwikkeling helemaal voltooid is, heeft misbruik van recht als algemeen leerstuk zijn werk gedaan en kan het terugvallen in vergetelheid, wachtend op nieuwe toepassingsgebieden.