

Onrechtmatig ageren

PREVENTIE EN REPRESSIE VAN MISBRUIK VAN PROCESBEVOEGHEID

*B.T.M. van der Wiel**

1. INLEIDING

Met het instellen van een vordering in rechte doet een eiser een beroep op het recht toegelaten te worden tot de rechter, op de bevoegdheid te procederen (procesbevoegdheid). Uit art. 6 lid 1 EVRM volgt dat toegang tot de rechter een zelfstandig recht is, dat in beginsel toekomt aan een ieder.¹ De toegang tot de rechter en de uitoefening van de bevoegdheid te procederen zal een eiser dan ook niet licht mogen worden ontzegd. Het recht op toegang is echter niet absoluut: het nationale recht mag beperkingen inhouden voor zover deze een legitiem doel dienen en in een proportionele verhouding tot dat doel staan.²

De afweging van belangen van de betrokkenen – in een eenvoudige contentieuze procedure eiser, gedaagde en de staat als hoeder van het algemene belang van de rechtspleging – kan in sommige gevallen tot de conclusie leiden dat eiser geen beroep op toegang tot de rechter toekomt. Het op basis van een dergelijke afweging beperken van de toegang tot de rechter is, mits voldaan wordt aan de genoemde eisen van een legitiem doel en proportionaliteit, niet in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

Het Nederlandse recht biedt drie wettelijke aanknopingspunten voor de toetsing van een beroep op het recht op toegang tot de rechter op basis van een belangenafweging. Het gaat om art. 3:13 lid 2, 3:303 en 6:162 lid 2 BW. Hieronder zal ik ingaan op de rol die deze arti-

* Mr. drs. B.T.M. van der Wiel (b.t.m.vanderwiel@law.leidenuniv.nl) is als onderzoeker in opleiding verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht en het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Universiteit Leiden. Met dank aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis, prof. mr. H.J. Snijders en mr. drs. W.I. Wisman voor hun commentaar op een eerdere versie.

1. EHRM 21 februari 1975, *NJ* 1975, 462 m.nt. EAA (*Golder/Verenigd Koninkrijk*). Vgl. bijv. art. 30 Nouveau Code de Procédure Civile.
2. EHRM 28 mei 1985, *NJ* 1991, 623 m.nt. EAA (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*).

kelen kunnen spelen in het kader van de normering van het beroep op de procesbevoegdheid door eiser. Tevens zal ik ingaan op hun onderlinge verhouding.

Ik beperk mijn beschouwingen tot de normering ten aanzien van het instellen van een vordering in rechte. Onderstaand betoog heeft echter, *mutatis mutandis*, tevens betekenis voor het normeren van de uitoefening van andere processuele bevoegdheden, ook van de kant van de gedaagde.

2. MISBRUIK VAN BEVOEGDHEID

De uitoefening van een bevoegdheid is niet gerechtvaardigd voor zover deze neerkomt op misbruik van die bevoegdheid. Deze regel gold en geldt ook voor processuele bevoegdheden, onder het oude recht als regel van ongeschreven recht, tegenwoordig op grond van art. 3:13 jo. 3:15 BW. Het gaat bij deze regel om de normering¹ in het concrete geval van een beroep op een in abstracto aan het betrokken rechtssubject toekomende bevoegdheid. De door Meijers in zijn toelichting op het ontwerp³ gegeven ratio van dit leerstuk heeft nog steeds zeggingskracht:

‘(...) het besef, dat een rechthebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten en van de maatschappij niet geheel uit het oog mag verliezen.’

De begrenzing van bevoegdheidsuitoefening door de misbruikleer krijgt in het concrete geval doorgaans gestalte door toetsing van het beroep op de betrokken bevoegdheid aan een of meerdere criteria, waarvan art. 3:13 lid 2 BW er drie noemt. Centraal bij deze toetsing staat steeds de (aard van de) bij de bevoegdheidsuitoefening betrokken belangen.

De toetsing van een beroep op een bevoegdheid kan twee functies hebben, die ik in navolging van anderen⁴ aanduid als de preventieve en de repressieve functie.

3. TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1039.

4. V.G.A. Boll, *Misbruik van recht* (diss. Utrecht), Utrecht: Oosthoek 1913, p. 101; J.J. Wijnstroom, *Een onderzoek naar het begrip misbruik van recht* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Kruyt 1921, p. 126; E.M. Meijers, *Misbruik van recht en wetsontduiking* (rede Leuven 1937), in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I*,

De werking van de preventieve functie komt er op neer dat afwijzing van een beroep op een bevoegdheid wegens misbruik ertoe leidt dat aan uitoefening van de bevoegdheid niet wordt toegekomen. Een bekend voorbeeld hiervan vormt een vordering tot amotie (verwijdering) van een bouwwerk dat deels op andermans grond is gebouwd. Eiser doet hierbij een beroep op een uit het eigendomsrecht voortvloeiende bevoegdheid. Afwijzing van dit beroep op grond van misbruik brengt mee dat aan uitoefening van die bevoegdheid (het bewerkstelligen van amotie) niet wordt toegekomen.⁵

Bij de repressieve functie van misbruik van bevoegdheid gaat het om de vraag of reeds vertoond gedrag al dan niet door de betrokken bijzondere bevoegdheid van de actor kan worden gerechtvaardigd. Hiermee kom ik toe aan de vraag naar de verhouding tussen misbruik van bevoegdheid en onrechtmatige daad.

3. MISBRUIK VAN BEVOEGDHEID EN ONRECHTMATIGE DAAD

In het kader van een bijzondere bevoegdheid vertoond gedrag dat misbruik van deze bevoegdheid vormt, is onrechtmatig. Dit gegeven laat zich op twee wijzen in het systeem van art. 6:162 lid 2 BW inpassen. Ten eerste doordat de actor zich in geval van misbruik niet op zijn bijzondere bevoegdheid als rechtvaardigingsgrond voor zijn gedrag kan beroepen.⁶ Ten tweede via het beschouwen van de misbruikcriteria als bijzondere verschijningsvormen van de zorgvuldigheidsnorm. Zowel bij de zorgvuldigheidsnorm als de misbruikcriteria staat een afweging van belangen centraal.⁷

Degene jegens wie misbruik van bevoegdheid is gemaakt kan, zo volgt uit het bovenstaande, een beroep doen op de rechtsgevolgen van de onrechtmatige daad. Met name kan onder de nadere vereisten van art. 6:162 lid 1 BW, schadevergoeding worden gevorderd. Misbruik van bevoegdheid in zijn repressieve functie vormt aldus een bijzondere toepassing van onrechtmatige daad.

Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954, p. 78.

5. Zie HR 17 april 1970, *NJ* 1971, 89 m.nt. PhANH (*Kuipers/De Jongh*), waarin overigens werd geoordeeld dat in casu van misbruik van bevoegdheid geen sprake was.
6. Zie bijv. Mon. Nieuw BW A-4 (Rodenburg), nr. 34; Asser/Hartkamp III 1998, nr. 56 en 63.
7. Zie Asser/Hartkamp III 1998, nr. 51g.

Dat het leerstuk van misbruik van bevoegdheid in zoverre binnen het terrein van de onrechtmatige daad valt, wordt door niemand bestreden. Velen menen evenwel dat de reikwijdte van de misbruikfiguur verder strekt dan het terrein van het delictenrecht waar het gaat om de hierboven onderscheiden preventieve functie van misbruik van bevoegdheid.⁸ Dikwijls wordt deze opvatting geadstrueerd met het voorbeeld, dat een rechtsgevolg als afwijzing van een eis in rechte – zie het voorbeeld van de vordering tot amotie hierboven – toch bezwaarlijk op onrechtmatige daad valt terug te voeren.⁹

Tegen de genoemde opvatting valt het volgende in te brengen. Ook de onrechtmatige daad kent een preventieve functie, die tot uitdrukking komt in de mogelijkheid om tegen dreigend onrechtmatig gedrag op te komen met een verbodsactie (art. 3:296 lid 1 BW) of het ontzeggen van rechtsgevolg aan onrechtmatige rechtshandelingen.¹⁰ Meijers heeft hieruit de gevolgtrekking gemaakt dat ook de preventieve rechtsgevolgen die optreden bij een geslaagd beroep op misbruik van bevoegdheid – zie het voorbeeld van de vordering tot amotie – kunnen worden geplaatst binnen het kader van de preventieve functie van onrechtmatige daad.¹¹ Aldus valt misbruik van bevoegdheid in zijn geheel op te vatten als een bijzondere toepassing van het leerstuk onrechtmatige daad.¹²

4. MISBRUIK VAN DE BEVOEGDHEID IN RECHTE TE AGEREN

De bevoegdheid in rechte te ageren is zelfstandig en komt toe aan een ieder. Onbegrensd is zij echter niet. Zo is zij, evenals de meeste andere processuele bevoegdheden, doelgebonden.¹³ Het proces is een middel

8. Deze opvatting is al te vinden bij Boll, *o.c.*, p. 100-101 en Wijnstroom, *o.c.*, p. 137. Zie thans bijv. *Vermogensrecht* (J.D.A. den Tonkelaar), art. 13, aant. 31 met nadere verwijzingen.
9. Zie bijv. MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1045.
10. Zie bijv. *Onrechtmatige daad* II.1 (T.E. Deurvorst), aant. 44-61 resp. 531-535 met nadere verwijzingen.
11. Meijers, *o.c.*, p. 78.
12. In deze zin ook Meijers, *o.c.*, p. 78; J. Eggens, *Het misbruik van recht en de vrijheid* (diesrede Batavia 1941), in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* II, Alphen aan den Rijn: Samson 1959, p. 74.
13. Mon. Nieuw BW A-4 (Rodenburg), nr. 13.

tot handhaving en verwezenlijking van burgerlijke rechten.¹⁴ Aldus heeft het proces een dienende taak.¹⁵

Uitoefening van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen welke niet in voldoende mate aan het bovenstaande beantwoordt, is ontoelaatbaar. Een belangenafweging in een concreet geval kan leiden tot het oordeel dat uitoefening van de procesbevoegdheid in casu misbruik vormt en dus ontoelaatbaar is.

Preventieve toetsing van een beroep op het recht op toegang tot de rechter aan de misbruikcriteria is grotendeels illusoir. Doorgaans zal pas tijdens het proces kunnen blijken dat eiser door te ageren misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Alsdan is de toetsing repressief: de vraag is of reeds vertoond gedrag misbruik van bevoegdheid vormt. Bevestigende beantwoording van deze vraag leidt tot de conclusie dat sprake is van een onrechtmatige daad, zo volgt uit hetgeen sub 3 is gezegd over de onderlinge verhouding van de twee figuren.

Hiermee betreden we een voor het Nederlandse recht vrijwel onontgonnen terrein. Onrechtmatig handelen door als eiser in rechte op te treden? Dat hiervan sprake is zal, mede in het licht van art. 6 lid 1 EVRM, niet spoedig mogen worden aangenomen. Uitgangspunt is in ieder geval dat het enkele feit dat een vordering wordt afgewezen op zichzelf niet betekent dat het instellen ervan achteraf gezien onrechtmatig was.¹⁶ Het recht op toegang tot de rechter staat los van de 'werkelijke' rechtspositie van partijen: die staat nu juist ten processe ter discussie.¹⁷

Wanneer is ageren dan wel onrechtmatig? De belangrijkste groep gevallen wordt gevormd door wat ik, in navolging van Okma, kansloze vorderingen noem.¹⁸ Het gaat hierbij om gevallen waarin eiser in

14. Star Busmann/Rutten 1972, nr. 8. Zie nader Snijders, Ynzonides en Meijer 1997, nr. 1 en 10.
15. Th.B. Ten Kate, 'Procesregels naar de kern genomen', in: W.H. Heemskerk e.a. (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 71.
16. Vroeger werd hier wel anders over gedacht. Zie W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1945, p. 15-16.
17. Zie over deze onafhankelijkheid met name M.E. Storme, 'De eigendom van het wild en de jachtvergunning', in: P. Abas e.a., *Te pas* (P.A. Stein-bundel), Deventer/Zwolle: Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 253-271. Zie tevens S. Gerbrandy, 'Gebruik en misbruik van procesrecht' (preadvies NOvA), *Adv.bl.* 1959, p. 372.
18. Zie N. Okma, *Misbruik van recht* (diss. Amsterdam VU), Wageningen: Zomer en

redelijkheid niet mag menen dat hem het door hem gepretendeerde recht daadwerkelijk toekomt. De belangenafweging in het kader van art. 3:13 resp. 6:162 BW krijgt dan als volgt gestalte: het feit dat eiser bij voorbaat niet mocht menen dat zijn vordering enige kans van slagen zou hebben, had hem, in het licht van de belangen van de wederpartij en de staat als hoeder van het algemeen belang, van het instellen ervan behoren te weerhouden. Het in een dergelijk geval instellen van een vordering beantwoordt niet meer aan het doel van het proces: niet kan worden gezegd dat er daadwerkelijk sprake is van handhaving of verwezenlijking van burgerlijke rechten.

Deze belangenafweging kan, zoals gezegd, in de regel slechts op basis van het ten processe geblekene, achteraf dus, worden gemaakt. Leidt deze tot de conclusie dat eiser misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt, dan staat daarmee de onrechtmatigheid van diens handelen vast.

De Nederlandse rechtspraak biedt nauwelijks voorbeelden van een dergelijke belangenafweging in het kader van een beroep op de procesbevoegdheid. De Franse jurisprudentie biedt daarentegen voorbeelden te over. Het leerstuk misbruik van bevoegdheid neemt in het Franse recht in essentie dezelfde plaats in als binnen het Nederlandse recht.¹⁹ Daarom acht ik het gerechtvaardigd de toetsing van het beroep op de bevoegdheid een eis in rechte in te stellen aan misbruik van bevoegdheid te illustreren aan de hand van gevallen uit de Franse jurisprudentie.

De rechtspraak van de Franse *Cour de Cassation* eist voor het aannemen van misbruik van een processuele bevoegdheid thans²⁰ een *faute caractérisée*: de feitenrechter moet zijn oordeel dienaangaande expliciet baseren op de concrete omstandigheden van het geval en de daarbij betrokken belangen.²¹

Keuning 1945, nr. 85.

19. Zie bijv. J. Ghestin & G. Goubeaux, *Traité de droit civil: introduction générale*, derde druk, Paris: LGDJ 1990, nr. 693-740; P. le Tourneau & L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Paris: Dalloz 1998, nr. 3151-3208.
20. Ik ga hier voorbij aan het tot de jaren '70 van de vorige eeuw dominante criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol*.
21. Zie bijv. Civ. I 11 februari 1964, *D* 1964, Som., 97; Civ. I 20 juni 1966, *JCP* 1966, II, 14890; Civ. III 20 juni 1972, *JCP* 1972, II, 17202 m.nt. Emile-Jean Guillot; Civ. I 16 februari 1983, *JCP* 1983, IV, 140; Civ. II 4 november 1988, *D* 1989, 609 m.nt. Marie-Anne Frison-Roche; Civ. II 29 mei 1996, *JCP* 1996, IV, 1630. Zie voor een overzicht van de Franse jurisprudentie en literatuur over misbruik van procesrecht in

Karakteristiek voor de toetsing van het instellen van een eis aan *abus de droit* is de volgende overweging²² van de *Cour de Cassation*:

‘(...) le demandeur qui (...) ne pouvait se méprendre sur la portée de ses engagements et avait soulevé des moyens dépourvus de sérieux et dont certains n’étaient assortis d’aucune offre de preuve, avait commis un abus de procédure, engageant sa responsabilité.’

Het verwijt dat eiser wordt gemaakt komt hierop neer: er was geen twijfel mogelijk over de inhoud van uw rechtsverhouding met gedaagde. Desondanks heeft u haar betwist, zonder dat u deze betwisting met ook maar enig serieus argument of bewijsstuk heeft kunnen staven. Eiser had zich, kortom, met het oog op de geschade belangen van het instellen van zijn vordering behoren te onthouden.

Nog enkele voorbeelden. Het instellen van een eis kan volgens de *Cour de Cassation* misbruik van bevoegdheid vormen wanneer eisers ‘(...) avaient, pour les besoins de leur cause, travesti la vérité.’²³ Hetzelfde geldt voor het instellen van een vordering ter voorkoming van de verdeling van een nalatenschap met als feitelijke grondslag de evident onware stelling dat gedaagde geen familie van de overledene is.²⁴ Ook het instellen van een vordering tot schadevergoeding terwijl zonneklaar is dat er geen schade is, kan misbruik van bevoegdheid vormen.²⁵

De grote lijn in deze rechtspraak: wanneer eiser niet mag menen dat zijn vordering enige kans van slagen heeft, vormt het instellen ervan misbruik van bevoegdheid. Deze normstelling past mijns inziens ook binnen het Nederlandse recht.²⁶

het algemeen L. Cadiet, ‘Abus de droit’, in: P. Raynaud e.a. (red.), *Répertoire de droit civil*, tweede uitgave, Paris: Dalloz (losbl.), nr. 87-156. Voor de nieuwste uitspraken en literatuur raadplege men de laatste druk van de ‘Tekst & Commentaar’-editie *Nouveau Code de Procédure Civile*, Paris: Dalloz, onder art 32-1.

22. Civ. I 25 april 1984, *JCP* 1984, IV, 211.

23. Civ. II 28 oktober 1968, *JCP* 1970, II, 16359 m.nt. Jacques Dupichot.

24. Civ. I 19 juli 1977, *Bull. I*, 342.

25. Civ. I 19 november 1996, *GP* 1997, Pan. 203.

26. Vgl. in soortgelijke zin, maar dan betrokken op de normering van de relatie advocaat-wederpartij E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 113.

De vraag rijst of deze visie wel voldoende ruimte laat voor een betoog van eiser dat ingaat tegen het geldende recht. Ik meen dat dit het geval is. Aan een dergelijk betoog mag mijns inziens wel de eis worden gesteld dat dit is gegrond op argumenten die niet bij voorbaat kansloos zijn. Met deze eis sluit ik aan bij de door de Hoge Raad in het kader van het eigen beursje ontwikkelde normstelling met betrekking tot het voeren van een van het geldend recht afwijkend betoog.²⁷

Geen ruimte is er mijns inziens voor het innemen van stellingen omtrent de feiten waarvan eiser weet of behoort te weten dat deze onjuist zijn. In deze zin moet naar mijn mening ook de verplichting die art. 21 Rv (nieuw)²⁸ op partijen legt, worden opgevat. Zou het hier om een op eiser en gedaagde rustende letterlijke waarheidsplicht gaan, dan zou er ten processe geen ruimte meer zijn voor tegengestelde standpunten omtrent de feiten, hetgeen ingaat tegen de essentie van het burgerlijk proces.²⁹

Terug naar art. 3:13 en 6:162 BW. Als eiser niet mag menen dat zijn vordering kans van slagen heeft, maar haar niettemin instelt, vertoont hij gedrag waarvan hij zich in het licht van de daardoor geschade belangen behoort te onthouden. Eiser ontbeert in zo'n geval een rechtmatig belang bij het voorleggen van zijn vordering aan de rechter. Bij het ontbreken van een rechtmatig belang bij de actor bestaat uit de aard der zaak onevenredigheid met de door diens handelen geschade belangen. Tevens kan worden gezegd dat de bevoegdheid wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor zij is verleend. In ieder geval is voldaan aan een van de criteria van art. 3:13 lid 2, bijzondere verschijningsvormen van de zorgvuldigheidsnorm van 6:162 lid 2 BW. De conclusie is in dat geval, dat eiser door het instellen van zijn vordering onrechtmatig heeft gehandeld.

5. RECHTSGEVOLGEN BIJ REPRESSIEVE TOETSING

Wanneer ten processe is komen vast te staan dat eiser door het instellen van zijn vordering misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt, staat hiermee tevens, zo volgt uit hetgeen hierboven sub 3 is betoogd, de

27. Vgl. HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 289 (Mr. H./NHL), de conclusie bij dit arrest van A-G Bakels en de noot van J.B.M. Vranken sub 9.

28. Art. 1.3.3 ontwerp-Rv. Zie *TK* 1999-2000, 26 855, nr. 1-2, p. 6.

29. Vgl. reeds *Star Busmann/Rutten* 1972, nr. 208.

onrechtmatigheid van eisers handelen vast. Vervolgens rijst de vraag naar de aan eisers gedrag te verbinden rechtsgevolgen.

Dat eisers vordering moet worden afgewezen, zal in dit soort gevallen doorgaans geen vraag zijn. Voor deze beslissing hoeft ook niet aan de grondslag onrechtmatige daad te worden toegekomen, daar zij reeds volgt uit de ongegrondheid van eisers vordering.³⁰ Gedaagde zal het doorgaans om het even zijn of de rechter kiest voor ontzegging van de eis of niet-ontvankelijkheid. Op dit onderscheid ga ik op deze plaats dan ook niet nader in, evenmin als op de eventuele mogelijkheden die art. 3:296 lid 1 BW gedaagde in dit kader zou kunnen bieden.

Groter zal de belangstelling van gedaagde zijn voor de mogelijkheden van op art. 6:162 lid 1 BW gegronde vergoeding van schade die, mede in verband met het zogenaamde liquidatietarief, niet gedekt wordt door de ten laste van eiser uit te spreken proceskostenveroordeling (art. 56 lid 1 Rv).³¹ In de regel zullen de nadere eisen van art. 6:162 lid 1 BW hierbij geen probleem van betekenis vormen. Ik ga op deze plaats dan ook niet nader op deze eisen in.

Staat art. 6:96 lid 2 sub c BW jo. 57 lid 6 Rv niet aan een dergelijke verbintenis tot schadevergoeding, voor zover deze proceskosten betreft, in de weg? Ik meen van niet.³² De ratio van laatstgenoemde regels is het kanaliseren van de afwikkeling van rechtmatig ontstane proceskosten, niet het vrijwaren van degene die dergelijke kosten als schade doet ontstaan door het plegen van een onrechtmatige daad in de vorm van het instellen van een vordering in rechte.³³ Genoemde bepalingen willen slechts in de weg staan aan schadevergoeding voor proceskosten voor zover de aansprakelijkheid hiervoor wordt geba-

30. In veruit de meeste gevallen zal de partij die door misbruik van procesrecht onrechtmatig heeft gehandeld, tevens verliezer van de procedure zijn. Het bezwaar van D.J. Veegens, noot onder GvEA Aruba 1 september 1971, *NJ* 1973, 325, dat het bestrijden van onbehoorlijk procesgedrag via onrechtmatige daad uit den boze is wegens de ondermijning van het beginsel van het gezag van gewijsde, is in die gevallen niet relevant.

31. In het Franse recht wordt deze mogelijkheid buiten twijfel gesteld door art. 32-1 NCPC in fine. Voorstander van deze mogelijkheid is ook M. Storme. Zie J.G.A. Linssen en J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 146.

32. Evenals kennelijk Snijders, Ynzonides en Meijer 1997, nr. 121. Zie ook Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 369 en met name Parl. Gesch. Inv. Wijz. Rv, p. 36.

33. In deze zin ook R.J. Polak, 'Misbruik van procesrecht', *NJB* 1941, p. 773-775; Haardt, *o.c.*, p. 114-115, A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 153.

seerd op het enkele feit dat de eiser ten processe in het ongelijk is gesteld. Dit enkele feit is, zoals gezegd, niet voldoende voor het oordeel dat eiser door het instellen van zijn vordering onrechtmatig heeft gehandeld.³⁴

Wanneer eisers aansprakelijkheid vaststaat, komen naast de volledige proceskosten ook eventuele andere schadeposten voor vergoeding in aanmerking. Te denken valt aan allerlei vormen vermogensschade, zoals reputatieschade, gederfde winst door gemiste kansen of waardevermindering van een betrokken rechtspersoon, en aan smartengeld.

De volgende vraag is op welke wijze de onrechtmatig gedaagde zijn recht op schadevergoeding geldend kan maken. Weinig aantrekkelijk is de mogelijkheid van een nieuwe procedure. De kosten en het onbehagen die een dergelijke procedure meebrengen, zullen er dikwijls voor een belangrijk deel aan in de weg staan dat de gelaedeerde werkelijk compensatie vindt voor het ondervonden nadeel.

De Franse praktijk biedt een aantrekkelijk alternatief voor de gelaedeerde. Aldaar stelt gedaagde in dit soort gevallen doorgaans een reconventionele vordering tot schadevergoeding in.³⁵ Ook de regeling van de reconventionele vordering in het Nederlandse burgerlijk procesrecht biedt ruimte voor een dergelijke vordering tot schadevergoeding,³⁶ zij het dat in Nederland, anders dan in Frankrijk, een eis in reconventie '(...) dadelijk bij het antwoord van den verweerder in conventie (...)’ moet worden gedaan.³⁷

Een andere mogelijkheid is het aan gedaagde toewijzen van de door eiser nodeloos veroorzaakte kosten conform art. 56 lid 1 Rv in fine. Met Asser³⁸ meen ik dat dit kan dienen als sanctie op misbruik

34. In deze zin ook HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 651 (*Vaston/Smith*). Zie met name ook de conclusie van A-G Asser bij dit arrest sub 2.13.

35. Zie bijv. reeds Req. 7 mei 1924, *S* 1925, I, 217 m.nt. Jean Brèthe. De connexiteitseis (thans art. 70 NCPC) staat hieraan blijkens de rechtspraak niet in de weg. In deze zin over het Franse recht ook W.H. Heemskerk, *De eis in reconventie* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Vuga 1972, p. 309. Het Nederlandse recht kent een dergelijke connexiteitseis niet. Zie Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 82.

36. Vgl. HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 651 (*Vaston/Smith*), waarin de vordering echter faalde wegens gebrek aan deugdelijke grondslag.

37. Art.251 Rv (oud), waarover Heemskerk, *o.c.*, p. 125-133, Hugenholtz/Heemskerk 1998, nr. 83. In dezelfde zin art. 137 (2.5.2 ontwerp) Rv (nieuw), *TK* 1999-2000, 26 855, nr. 1-2, p. 30.

38. *Burgerlijke Rechtsvordering* (W.D.H. Asser), art. 56, aant. 7. Vgl. W.L. Haardt, *Fair*

van procesrecht. Deze mogelijkheid is in dit verband met name van belang vanwege de hierboven genoemde beperking aan de mogelijkheid een reconventionele vordering in te stellen. Zij is echter naar haar aard beperkt tot uit proceskosten bestaande schade.

Voor de vraag naar de effectuering van de genoemde rechtsgevolgen is voorts van belang hoe de door gedaagden bij antwoord gebruikte tournures als 'kosten rechtens' kunnen worden uitgelegd. Denkbaar is dat de rechter een dergelijke vordering, indien hij daartoe termen aanwezig acht, als handvat gebruikt voor het effectueren van de hierboven besproken rechtsgevolgen. Niet uitgesloten acht ik de mogelijkheid dat 'kosten rechtens' zich onder omstandigheden laat uitleggen als een reconventionele vordering.³⁹ Bij een dergelijke uitleg en de daaraan te verbinden gevolgen moet de rechter uiteraard wel de beginselen van een goede procesorde, met name hoor en wederhoor, in het oog houden.

Ten slotte wijs ik nog op het feit dat het misbruiken van de procesbevoegdheid niet alleen onrechtmatig is jegens de wederpartij, maar in beginsel ook jegens de staat. Het gaat hier om het spiegelbeeld van onrechtmatige rechtspraak. Aangezien het procesrecht geen mogelijkheden biedt tot een kostenveroordeling ten gunste van de staat (anders dan als partij), laat het geldende recht voor de staat slechts de weinig aantrekkelijke mogelijkheid open een nieuwe procedure te initiëren om de schade vergoed te krijgen.

Onder andere⁴⁰ het Franse recht lost dit probleem op door een systeem van door de rechter vast te stellen, ten gunste van de staat te verbeuren boetes wegens misbruik van bepaalde processuele bevoegdheden. Deze boetes kunnen oplopen tot 10 000 F voor '(...) agir en justice de manière dilatoire ou abusive (...) ' (art. 32-1 NCPC), tot hetzelfde bedrag voor '(...) appel principal dilatoire ou abusif (...) ' (art. 559 NCPC) en bij '(...) recours abusif (...) ' in cassatie zelfs tot 20 000 F.

play in het burgerlijk geding (inaug. rede Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958, p. 9.

39. Zie over de uitleg van proceshandelingen Asser/Vranken 1995, nr. 67.

40. Ook het Belgische recht kent een dergelijk systeem. Zie art. 1072 bis Ger.W.

6. PREVENTIEVE TOETSING VIA ART. 3:303 BW

Preventieve toetsing van een beroep op het recht op toegang tot de rechter aan de misbruikcriteria is grotendeels illusoir, zo stelde ik hierboven sub 4. Grotendeels, inderdaad. Soms is het namelijk wel degelijk mogelijk misbruik van de procesbevoegdheid te voorkomen, door een vordering op basis van preventieve toetsing niet-ontvankelijk te verklaren.

Het belangrijkste handvat voor preventieve toetsing van gebruik van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen wordt gevormd door art. 3:303 BW. Op grond van de in dit artikel neergelegde regel kan een ingestelde vordering niet ontvankelijk worden verklaard, omdat het door eiser *gestelde* belang onvoldoende is.⁴¹

In het Jeffrey-arrest⁴² heeft de Hoge Raad de visie dat art. 3:303 BW kan worden gezien als een toepassing van art. 3:13 BW beargumenteerd verworpen:

‘Tekst noch strekking van voormelde bepalingen biedt steun voor deze opvatting. Die steun is ook niet te vinden in de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepalingen (zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 916).’

Mijns inziens kunnen de drie door de Hoge Raad genoemde argumenten deze beslissing niet dragen. Ik zal deze stelling per argument adstrueren.

De tekst van art. 3:303 BW (‘Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe’) komt overeen met een veel gebruikt, maar ongecodificeerd criterium voor misbruik van bevoegdheid. Uit de tekst van art. 3:13 lid 2 BW blijkt dat de daar genoemde criteria enuntiatief moeten worden opgevat. De tekst van genoemde bepalingen biedt dus wel degelijk steun voor de opvatting dat art. 3:303 een toepassing vormt van het leerstuk misbruik van bevoegdheid.⁴³

41. Zie Mon. Nieuw BW A-11 (Van Nispen), nr. 15 met nadere verwijzingen. Vgl. HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 354 m.nt. WLH (*De Pater/Tekstra*), dat werd afgedaan op de regel van art. 3:303 BW, terwijl mijns inziens misbruik van bevoegdheid meer voor de hand zou hebben gelegen, daar het gestelde belang in casu wel voldoende was.

42. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (*Van Aalten en Mbarka/Vereniging voor Christelijk Wetenschappelijk Onderwijs*).

43. Bovendien valt in de MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 916 te lezen dat het criterium van art. 3:303 BW een onevenredigheids criterium is, evenals het derde criterium van

Klemmender is de in onderlinge samenhang begrepen strekking van beide bepalingen. Voor de strekking van art. 3:13 BW moge ik mede verwijzen naar de sub 2 geciteerde passage uit de Toelichting-Meijers. De kern van het leerstuk misbruik van bevoegdheid is preventie en repressie van wegens onevenredigheid van de betrokken belangen onaanvaardbare bevoegdheidsuitoefening. De strekking van de *lex specialis* art. 3:303 BW valt onder deze paraplu: preventie van uitoefening van de procesbevoegdheid wegens een onevenredige verhouding⁴⁴ van de belangen van de gedaagde, de staat en eventuele overige betrokkenen tot het (immers onvoldoende) belang van eiser, welke onevenredige verhouding bevoegdheidsuitoefening onaanvaardbaar en dus ontoelaatbaar maakt. Ook de strekking van de bepalingen vormt bij nadere beschouwing dus geen sterk argument voor het oordeel van de Hoge Raad.

Dan de parlementaire geschiedenis. In de MvA II⁴⁵ bij art. 3:303 BW, waarnaar de Hoge Raad verwijst, lezen we dat het criterium van het artikel niet met dat van art. 3:13 lid 2 BW samenvalt

‘(...) reeds omdat het hier niet alleen gaat om de afweging van de belangen van de betrokken partijen tegen elkaar, maar ook om de eisen van een behoorlijke procesvoering en het belang van de rechtspleging in het algemeen (...).’

Klare taal, zo lijkt het. De geciteerde passage verliest echter dramatisch aan overtuigingskracht wanneer zij wordt geconfronteerd met de navolgende passage uit de MvT Inv.⁴⁶ bij art. 3:13 BW, waarin wordt beargumenteerd waarom in lid 2 van dat artikel is gekozen voor een enuntiatieve lijst van criteria:

‘Op dezelfde wijze wordt tevens ruimte geschapen voor een afwijkende maatstaf voor misbruik van processuele bevoegdheden (...), waarbij eveneens publieke belangen (het belang van een goede procesorde of van een behoorlijke rechtspleging) betrokken plegen te zijn.’

Deze laatste door mij geciteerde pasage uit de parlementaire geschiedenis komt mij juist voor dan die waarop de Hoge Raad zich ba-

art. 3:13 lid 2 BW. Vgl. Meijers, *o.c.*, p. 74.

44. Ook bij art. 3:303 BW gaat het om een onevenredigheids criterium. Zie de TM en de MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 915-916.

45. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 916.

46. MvT Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1049-1050.

seert. Bij toetsing in het kader van misbruik van bevoegdheid moet steeds met alle betrokken persoonlijke en algemene belangen rekening worden gehouden.⁴⁷ Waar het gaat om processuele bevoegdheden spelen in het kader van misbruik, net als bij de toetsing aan art. 3:303 BW, de goede procesorde en het belang van de rechtspleging in het algemeen een rol. Ook het derde door de Hoge Raad gehanteerde argument voor zijn oordeel dat art. 3:303 BW niet als een toepassing van art. 3:13 kan worden gezien acht ik hierom weinig overtuigend.

Naar mijn mening is de argumentatie van de Hoge Raad hiermee weerlegd. Mijn conclusie is, en in deze opvatting sta ik niet alleen,⁴⁸ dat art. 3:303 BW wel degelijk als een toepassing van het leerstuk misbruik van bevoegdheid kan worden gezien.

Naar zijn aard – het gaat om het *gestelde* belang – leent art. 3:303 BW zich slechts voor preventieve toetsing. Dit betekent dat de eiser, die op grond van dit artikel niet-ontvankelijk wordt verklaard, niet reeds geacht wordt met het instellen van zijn eis misbruik van bevoegdheid te hebben gemaakt,⁴⁹ maar dat door zijn niet-ontvankelijkverklaring misbruik van bevoegdheid is voorkomen. Art. 3:303 BW staat hiermee op een lijn met art. 3:296 lid 1 BW, voor zover dit artikel de mogelijkheid biedt tegen dreigend onrechtmatig gedrag, waaronder misbruik van bevoegdheid, op te komen. Dat de rechter art. 3:303 BW soms ambtshalve moet toepassen⁵⁰ doet hieraan

47. Zie met name de tekst van OM art. 8 lid 2 Inleidende Titel, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1037. In deze zin ook A.R. Bloembergen, noot sub 2 onder HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 (*L.M./C.M.*) en de sub 2 hierboven geciteerde passage uit de TM. Vgl. met betrekking tot de zorgvuldigheidsnorm in het algemeen Asser/Hartkamp III 1998, nr. 51g.

48. In deze zin ook Meijers, *o.c.*, p. 72; W.B. Helmich, *De theorie van het rechtsmisbruik in het Romeinse, Fransche en Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), s.l.: s.n. 1945, p. 151-169; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 148; W. Snijders, 'Formeel en materieel recht', in: *Voorontwerp Burgerlijke Rechtsvordering* (H. Stein-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 9; Bloembergen, *l.c.* (vorige noot); W.A.M. van Schendel, 'Principes edelachtbare', in: W.A.M. van Schendel (red.), *Naar ons voorlopig oordeel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 61. Anders J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden*, diss. Leiden, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, nr. 116; Mon. Nieuw BW A-4 (Rodenburg), nr. 27; Hugenholtz/Heemskerck 1998, nr. 7.

49. In deze zin ook C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, p. 174 nt. 182.

50. Zie hieromtrent HR 30 maart 1951, *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH (*De V./V.d.H.*); HR 24 november 1978, *NJ* 1980, 88 m.nt. WHH (*Sunclass/Dernison*).

niet af. Mijns inziens kan worden geconcludeerd, dat art. 3:303 BW een toepassing vormt van de preventieve functie van het leerstuk van de onrechtmatige daad.⁵¹ Dat de historische afkomst van de regel van art. 3:303 BW een andere is, doet aan deze conclusie over de rechts-systematische plaats van het artikel niet af.⁵²

7. AFRONDING

Het is tijd om de balans van mijn beschouwingen op te maken. Ik kom hierbij tot het volgende.

Zowel preventieve als repressieve toetsing van een beroep op een bevoegdheid in het kader van art. 3:13 BW kunnen worden geplaatst binnen het kader van het leerstuk onrechtmatige daad, dat immers ook een preventieve en een repressieve kant kent.

De bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen is niet onbegrensd. De normering van een beroep op de procesbevoegdheid kan met name geschieden door repressieve toetsing aan de hand van een belangenafweging in het kader van het leerstuk misbruik van bevoegdheid. Wanneer eiser niet mag menen dat zijn vordering kans van slagen heeft, dient hij zich, met het oog op de te schaden belangen van de wederpartij en de staat, van het instellen ervan te onthouden. Steun voor deze invulling van de onderhavige belangenafweging vind ik in de Franse jurisprudentie hieromtrent. Schending van de aldus geformuleerde rechtsplicht van eiser vormt een onrechtmatige daad, met alle consequenties van dien.

Preventieve toetsing van een beroep op de bevoegdheid een eis in te stellen is in beperkte mate mogelijk. Het belangrijkste aanknopingspunt hiervoor biedt art. 3:303 BW. Toetsing geschiedt hierbij aan de hand van het door eiser gestelde belang. Is dit belang onvoldoende, dan kan het – gezien in het licht van de belangen van de wederpartij en de staat – toelating van eiser tot de procedure niet

51. In deze zin ook Meijers, *o.c.*, p. 79-80; R.P. Cleveringa, 'Het belang der vordering', *RM Themis* 1964, p. 219-277.

52. Anders D.J. Veegens, noot sub 1 onder HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 (*Quint/Te Poel*) en noot onder HR 18 december 1964, *NJ* 1965, 159 (*Van Gaart-Spaan/Boendermaker en Heykoop-Van Gaart*); J. van Baars, *Point d'interêt, point d'action* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Buijten & Schipperheijn 1971, p. 154 met nadere verwijzingen.

rechtvaardigen. Art. 3:303 BW is op te vatten als een bijzondere toepassing van art. 3:13 BW.