



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De rechtsverhouding tussen procespartijen

Wiel, B.T.M. van der

Citation

Wiel, B. T. M. van der. (2004, January 15). *De rechtsverhouding tussen procespartijen*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3642551>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3642551>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3 | Misbruik van processuele bevoegdheden

3.1 ALGEMEEN

3.1.1 Inleiding

78. “Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voorzover hij haar misbruikt”, aldus art. 3:13 lid 1 BW. Geen bevoegdheid zonder grenzen. Deze aan art. 3:13 BW ten grondslag liggende gedachte is in tal van rechtsstelsels een – al dan niet gecodificeerd – uitgangspunt. In het burgerlijk proces handelen partijen met name in het kader van aan hen door de wet toegekende bijzondere bevoegdheden. Daarom verdient het leerstuk van misbruik van bevoegdheid een prominente plaats in een onderzoek naar de normering van partijgedrag in het burgerlijk proces.

De Hoge Raad heeft de misbruikleer in 1927 in ons recht geïntroduceerd door te overwegen dat “(...) van elk recht (...) een onnodig en onredelijk gebruik kan worden gemaakt (...)”.¹ Hiermee heeft de Hoge Raad aansluiting gevonden bij de ontwikkelingen in buitenlandse rechtsstelsels en de denkbeelden die in de binnen- en buitenlandse literatuur naar voren waren gebracht.

79. Frankrijk is de bakermat van de moderne theorie over het rechtsmisbruik. Een arrest van het Hof te Colmar uit 1855² wordt veel genoemd als het startpunt van de ontwikkelingen in het moderne West-Europese recht op dit terrein. Nog diepere wortels kunnen worden aangewezen: al in een arrest uit 1817 maakt het Cour de cassation gewag van de problematiek van het uitoefenen van rechten met het doel te schaden of zonder belang.³

In het begin van de vorige eeuw heeft met name Jossérand met zijn boeken *De l’abus de droit*⁴ en *De l’esprit des droits et de leur relativité*⁵ veel invloed uitgeoefend. Vervolgens heeft zich in de literatuur een uitgebreid debat over het

1 HR 17 februari 1927 (*De Wild/Utrechtsche Hypotheekbank*), NJ 1927, 391 m.nt. PS, W 11 642 m.nt. BADF. Vgl. Meijers 1928. Zie voor een oudere hapax reeds HR 14 januari 1881 (*Van Oppen & de Beaumont/Uitborck*), W 4661.

2 CA Colmar 2 mei 1855, DP 1856 II, 9.

3 Crim. 19 december 1817, S 1818 I, p. 170.

4 Jossérand 1905.

5 Jossérand 1939.

leerstuk ontwikkeld, mede gevoed door een constante stroom van jurisprudentie.

Ook in België is, in het voetspoor van de Franse ontwikkelingen, een uitgebreide jurisprudentie over misbruik van recht ontstaan. In Nederland is, na verdere ontwikkeling in de rechtspraak en literatuur, in 1992 codificatie van de misbruikfiguur gevolgd met art. 3:13 BW. De wetgever heeft bij de codificatie de term misbruik van bevoegdheid geprefereerd boven misbruik van recht. De reden hiervoor is dat laatstgenoemde term aanleiding zou kunnen vormen voor de gedachte dat de misbruikfiguur alleen toepasselijk is op een limitatief aantal subjectieve rechten, terwijl in beginsel elke bevoegdheid voor misbruik in aanmerking komt.⁶ Uit mijn ruime opvatting over het begrip 'subjectief recht' (zie § 2.1.2.1) volgt dat de inhoud van dat begrip in mijn ogen niet verschilt van dat van 'bevoegdheid'. In het navolgende zal ik 'misbruik van recht' en 'misbruik van bevoegdheid' dan ook zonder onderscheid gebruiken.

3.1.2 Wezen van het leerstuk

80. Bij misbruik van bevoegdheid gaat het om het in concreto bepalen van de grenzen van een bevoegdheid. Centraal hierbij staat de verhouding tot de betrokken ander. "[H]et stellen en aanvaarden van het misbruik van recht als algemeen geldende rechtseis (...)" betekent volgens Eggens "(...) een ontwikkeling van het besef (...) dat de ware vrijheid niet onbegrensd is, maar dat de vrijheid van de een (...) haar grens vindt in de vrijheid van de ander."⁷

Een zekere spanning is inherent aan de misbruikfiguur. Gemakkelijk komt het gevoel naar boven dat we te maken hebben met een logische onmogelijkheid, een *contradictio in terminis*.⁸ Men handelt of bevoegd (met recht), of onbevoegd (zonder recht). Hangt het oordeel in een concreet geval niet slechts af van uitleg van het recht met het oog op dat concrete geval, waarbij de misbruikgedachte overbodig is?⁹ Aldus het betoog van de tegenstanders van de figuur. De kern van deze opvatting is door de Franse schrijver Planiol samengebond in het adagium "*Le droit cesse où l'abus commence*."¹⁰

6 Rodenburg 1985, nr. 8. Merk op dat in België een andere terminologie wordt gehanteerd, waarbij bevoegdheid een species van het genus recht is. Zie Van Gerven 1973, p. 168; Van Gerven 1980, p. 64; M. Storme 1986, nr. 7.

7 Eggens 1947, p. 223. Vgl. Eggens, 1941, p. 78; *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039-1040 (TM); Vranken 1996, p. 87-95.

8 Vgl. Scheltema 1935.

9 Van Dunné 1971, p. 217-219; Van Dunné 2001, p. 86-89. Vgl. Zonderland 1975, p. 105-125; Schoordijk 1986, p. 24.

10 Planiol 1923, nr. 871.

Dat deze redenering vanuit de concrete casus gedacht juist is,¹¹ wordt door de meeste voorstanders van het misbruikleerstuk op zichzelf niet bestreden.¹² De zin van het leerstuk bestaat er juist uit, zo betogen laatstgenoemden, objectieve aanknopingspunten te bieden met behulp waarvan de grenzen van een in abstracto toegekende bevoegdheid in concreto nader kunnen worden bepaald.¹³ De kloof tussen een algemene, bevoegdheidsverlenende regel (bijv. “Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken (...)” (aanhef art. 5:1 lid 2 BW)) en het concrete geval (de buurman wiens garage de grens van zijn perceel net overschrijdt), kan juist op verantwoorde wijze worden overbrugd door te werken met geobjectiveerde grensbepalingen, waarvan de misbruikleer een voorbeeld vormt.

81. De Nederlandse wetgever heeft met art. 3:13 BW expliciet voor de misbruikfiguur gekozen. Hiermee heeft de wetgever zich aangesloten bij de bestaande denkbeelden en ontwikkelingslijnen in binnen- en buitenlandse literatuur en jurisprudentie. Aanvaarding van de figuur misbruik van bevoegdheid past bovendien goed in een gecodificeerd stelsel waarin ook de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid is aanvaard¹⁴ en nodigt de rechter uit om bij het motiveren van een beslissing over de grenzen van een concrete bevoegdheid aan te sluiten bij een bestaand systeem van uitzonderings- en afgrenzingsregels, hetgeen vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid waardevol is.¹⁵ Dat met het louter uitleggen van de bevoegdheid in het concrete geval dezelfde resultaten kunnen worden bereikt, doet hieraan niets af.

Het leerstuk ‘misbruik van bevoegdheid’ functioneert bij ons in gecodificeerde vorm niet fundamenteel anders dan in landen waarin op dit terrein geen wetgeving is. Codificatie betekent expliciete aanvaarding van de figuur door de wetgever, maar neemt niet weg dat het in essentie nog steeds gaat om een verwijzing naar ongeschreven recht, net zoals dit het geval is bij redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid. Deze begrippen zijn in hun algemeenheid wel gecodificeerd, maar zijn daarmee inhoudelijk nog geen geschreven recht geworden. Het zijn wettelijke poorten naar het ongeschreven recht.¹⁶

11 Vgl. over het standpunt dat misbruik van recht geen rechtsoverschrijding maar foutieve rechtsuitoefening is Scheltema 1935; Brunner 1977, p. 729-730.

12 Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038 (TM). Anders kennelijk Mazeaud & Tunc 1965, nr. 550.

13 Zie o.a. Eggens 1941, p. 70-81; Eggens 1947, p. 221-239; *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038-1039 (TM), Van Maanen 1988, p. 103; Valk 1992a, p. 49-51; Asser/Van Dam, Mijnsen & Van Velten 2002, nr. 44; H.J. Snijders 2001, nr. 95. Vgl. Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 765.

14 Vgl. Brunner 1977, p. 732. Zie over het verband tussen misbruik van bevoegdheid en de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid hieronder § 3.1.6.

15 Vgl. bijv. J.W.M. van der Grinten 1984, p. 388.

16 Vgl. Brunner 1988a, p. 454-460.

3.1.3 De misbruikfiguur binnen het procesrecht

82. Het toepassingsgebied van het leerstuk misbruik van bevoegdheid wordt in eerste instantie bepaald door het bereik van het begrip 'bevoegdheid'. Van bevoegdheid in deze context kan worden gezegd dat er sprake moet zijn van een zekere bepaaldheid, zoals met name het geval is bij in de wet en verdrag genoemde rechten als eigendom of het recht op toegang tot de rechter. Mijn inziens wijkt de inhoud van het begrip 'bevoegdheid' niet af van dat van 'subjectief recht' (zie § 2.1.2.1). De definitie die Meijers heeft gegeven voor het subjectieve recht kan mijns inziens evenzeer dienen ter aanduiding van het begrip 'bevoegdheid': "een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen."¹⁷ Een scherpe lijn tussen bevoegdheid en vrijheid is overigens niet makkelijk te trekken. Brunner wijst er terecht op dat het afsnijden van de keel van een buurman met een broodmes op zichzelf evenzeer als een overschrijden van de handelingsvrijheid als een misbruik van eigendomsrecht op het mes kan worden gezien.¹⁸ Het handelen is echter zo ostentatief onrechtmatig dat de misbruikvraag buiten beeld blijft.¹⁹

In het (contentieuze) civiele proces staan de bevoegdheden van partijen centraal. Partijen mogen een geding aanhangig maken, een verdediging voeren, stellen, bewijzen, rechtsmiddelen instellen etc. De vrijheid van de procespartij is uitgangspunt: partij-autonomie is een van de fundamentele beginselen van ons procesrecht. Maar zoals overal in het burgerlijk recht vindt de vrijheid van de één uiteindelijk zijn grens in de bescherming van de ander. Waar vrijheid is geconcretiseerd in bijzondere bevoegdheden met bijzondere rechtsgevolgen, is figuur van misbruik van bevoegdheid het beschermingsmechanisme bij uitstek. Het procesrecht, waar de bevoegdheden van partijen voorop staan, is naar zijn aard een vruchtbaar toepassingsgebied voor het misbruikleerstuk: ook in het procesrecht bestaat behoefte aan correctiemechanismen.²⁰ De misbruikleer heeft dan ook in binnen- en buitenland ingang gevonden in het procesrecht.

83. Zowel in het Franse²¹ als het Belgische²² recht wordt de figuur van het misbruik van recht in de jurisprudentie op ruime schaal toegepast bij het toetsen van de uitoefening van processuele bevoegdheden. Bovendien verbinden bijzondere wetsbepalingen als het Franse art. 32-1 NCPC en het Belgische art. 1072bis Ger.W. speciale rechtsgevolgen aan (vormen van) misbruik van

17 Meijers 1948, p. 86.

18 Brunner 1977, p. 733. Zie over deze problematiek tevens Cadiet 1992, nr. 8-9; Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 769.

19 Brunner 1977, p. 730.

20 Vgl. Blary-Clément 1991, nr. 1.

21 Zie voor een overzicht bijv. Cadiet 1992, nr. 87-156.

22 Zie bijv. Taelman 1988, nr. 5-6 met nadere verwijzingen.

procesrecht. In Duitsland wordt § 226 BGB mede toepasselijk geacht binnen het procesrecht.²³

Uit de plaatsing van art. 13 in titel 1 (Algemene bepalingen) van Boek 3 BW (Vermogensrecht in het algemeen) volgt dat de Nederlandse bepaling over misbruik van bevoegdheid in ieder geval alle vermogensrechtelijke bevoegdheden beheerst. Art. 3:15 BW verklaart het misbruikartikel ook "(...) buiten het vermogensrecht van toepassing, voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet." De rol van het misbruikleerstuk in het procesrecht heeft aldus met de invoering van het huidige BW wettelijke grondslag gekregen. Van discontinuïteit tussen het oude en het nieuwe recht is op dit punt overigens geen sprake. Ook voor 1992 werd het leerstuk van misbruik van bevoegdheid als ongeschreven recht in het burgerlijk procesrecht toegepast. Hiervan vormt reeds het arrest *De Wild/Utrechtse Hypotheekbank*²⁴ uit 1927 een voorbeeld.

Uit het bovenstaande blijkt dat men in binnen- en buitenland geen fundamentele bezwaren ziet om het misbruikleerstuk toe te passen op processuele bevoegdheden. Misbruik van bevoegdheid is een algemene burgerrechtelijke figuur, die relevant kan zijn voor het in concreto begrenzen van elk type bevoegdheden, ook processuele.²⁵ Juist in processuele verhoudingen, waarin de over en weer bestaande bevoegdheden van betrokkenen op de voorgrond staan, is behoefte aan een dergelijke figuur, die in concrete situaties kan worden ingezet om onredelijke (gevolgen van) bevoegdheidsuitoefening te keren.

3.1.4 De preventieve functie van misbruik van bevoegdheid

84. Het leerstuk van misbruik van bevoegdheid vervult twee te onderscheiden functies, die beide voortvloeien uit het centrale wezenskenmerk van het leerstuk: het in concreto afgrenzen van in abstracto toegekende bevoegdheden. Deze functies duid ik in navolging van Boll, Wijnstroom en Meijers aan als de preventieve en de repressieve.²⁶

Eerst aandacht voor de preventieve functie. De drager van een bevoegdheid die deze wil gaan uitoefenen zal zich niet jegens een ander op die bevoegdheid kunnen beroepen indien de gewenste uitoefening zou neerkomen op misbruik. Zijn beroep op de bevoegdheid – de gewenste uitoefening – gaat dan immers de uit het misbruikleerstuk voortvloeiende grenzen van de bevoegdheid te

23 Zie bijv. Palandt/Heinrichs 2003, § 226, Rn. 2.

24 HR 17 februari 1927 (*De Wild/Utrechtse Hypotheekbank*), NJ 1927, 391 m.nt. PS, W 11 642 m.nt. BADF.

25 Mazeaud/Chabas 1998, nr. 459.

26 Boll 1913, p. 101; Wijnstroom 1921, p. 126; Meijers 1937, p. 78.

buiten. Een dergelijke bevoegdheidsuitoefening kan niet worden afgedwongen.²⁷ Twee gevallen ter verduidelijking.

Kan de eigenaar van een perceel zijn buurman, die bij het bouwen van een garage een minimale grensoverschrijding heeft gepleegd, op grond van zijn eigendomsrecht in rechte tot afbraak van het gebouwde (amotie) dwingen? Dat hangt er vanaf, aldus de Hoge Raad, of dit misbruik van recht oplevert.²⁸ Zo ja, dan wordt de vordering tot afbraak afgewezen.

Een procesrechtelijke klassieker: een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor wordt afgewezen, indien het uitoefenen van deze bevoegdheid in casu misbruik vormt (zie § 3.3.3.1).

De rechtsgevolgen van misbruik van bevoegdheid zijn niet expliciet in de wet geregeld. Art. 3:13 lid 1 BW stelt slechts dat een bevoegdheid in geval van misbruik niet kan worden ingeroepen. Bij de preventieve functie impliceert de niet-inroepbaarheid van de bevoegdheid in kwestie dat aan de beoogde bevoegdheidsuitoefening niet wordt toegekomen omdat deze in feite overschrijding van de grenzen van de bevoegdheid zou betekenen. Indien inroeping van de bevoegdheid geschiedt door het verrichten van een rechtshandeling zal deze, voorzover gericht op bevoegdheidsuitoefening die misbruik zou vormen, geen of een aantastbaar rechtsgevolg toekomen. In de kern is hier het rechtsgevolg van misbruik niet-intreding van de normale rechtsgevolgen van de bevoegdheid.²⁹ Indien het inroepen van de bevoegdheid geschiedt door het verrichten van een rechtshandeling, zal er bij misbruik in zoverre sprake zijn van nietigheid of vernietigbaarheid daarvan (zie § 5.4).

Komt bij een vordering tot amotie vast te staan dat er sprake is van misbruik van eigendomsrecht, dan moet deze worden afgewezen. Eiser kan in casu de rechtsgevolgen van zijn eigendomsrecht niet inroepen, omdat zijn beroep de grenzen van het eigendomsrecht overschrijdt. De in het eigendomsrecht besloten liggende vordering tot amotie (art. 5:1 lid 2 jo. 3:296 lid 1 BW) mist rechtsgevolg.

Een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor dat misbruik van bevoegdheid oplevert, dient te worden afgewezen. Het normale rechtsgevolg, dat een voorlopig getuigenverhoor wordt bevolen en plaatsvindt, treedt niet in. In zoverre mist het verzoek rechtsgevolg.

Is bij het instellen van een vordering in rechte het normale rechtsgevolg ontvankelijkheid, dan volgt bij misbruik niet-ontvankelijkheid.³⁰ In zoverre mist de dagvaarding het beoogde rechtsgevolg.

Hoewel in Frankrijk de misbruikfiguur in de jurisprudentie met name tot ontwikkeling is gebracht als een bijzondere vorm van buitencontractuele

27 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1048 (TM).

28 HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), NJ 1971, 89 m.nt PhANH, AA 19 (1970), p. 542-550 m.nt. H.K.Köster.

29 Vgl. Hofmann/Drion 1959, p. 92.

30 Meijers 1937, p. 79-80; Rodenburg 1985, nr. 35 sub 6.

aansprakelijkheid, is ook daar oog voor de preventieve functie.³¹ Een voorbeeld vormt het wegens misbruik van recht afwijzen van een vordering tot nakoming, omdat de eiser zonder enig redelijk belang een vervangende prestatie had geweigerd.³² In de doctrine wordt erkend dat de misbruikfiguur "(...) non la simple application d'une règle de la responsabilité, mais un principe général du droit"³³ inhoudt.

Ook in België wordt het leerstuk voornamelijk binnen het kader van de delictuele aansprakelijkheid geplaatst. De preventieve functie is daar echter niet onbekend. Illustratief is hier de wijze waarop de Belgische rechter met casus over grensoverschrijdend bouwen omgaat, waarbij hij tot vergelijkbare resultaten komt als de Nederlandse rechter.³⁴

In de spaarzame Duitse rechtspraak en literatuur over § 226 BGB is eveneens aandacht voor de preventieve functie van het misbruikleerstuk.³⁵

In § 2.1.2.2 heb ik laten zien hoe lasten fungeren als beperkend complement van een bijzondere bevoegdheid. Bij schending van een last is er geen sprake van onrechtmatig gedrag maar van de belaste treffende negatieve rechtsgevolgen. De preventieve kant van misbruik van recht stelt grenzen aan bijzondere bevoegdheden en bepaalt deze daardoor nader. Schending van een norm in het kader van de preventieve functie van misbruik is als zodanig niet onrechtmatig, maar levert de normschender, zo bleek in het overstaande, wel negatieve rechtsgevolgen op. Naar mijn mening kan hieruit de conclusie worden getrokken dat normen in het kader van de preventieve functie van misbruik van bevoegdheid lasten inhouden.

3.1.5 De repressieve functie van misbruik van bevoegdheid

85. Bij de repressieve functie van de misbruikfiguur gaat het om beoordeling van reeds vertoond gedrag. In het algemeen wordt de vrijheid zich te gedragen naar eigen goeddunken begrensd door de regels van de onrechtmatige daad. Onrechtmatig gedrag is verboden (zie § 2.1.2.1). De grenzen die met behulp van het misbruikleerstuk aan de geoorloofdheid van gedrag in het kader van een bevoegdheid kunnen worden gesteld zijn in wezen van gelijke aard. Steeds is de vraag: is in casu een rechtsplicht (zie § 2.1.2.1) geschonden?

Deze vraag kan op twee manieren worden benaderd. Ten eerste kan worden gedacht vanuit de bevoegdheid als rechtvaardigingsgrond. Een beroep op deze rechtvaardigingsgrond gaat niet op indien er sprake is van misbruik

31 Zie Aubry & Rau/Dejean de la Bâtie 1989, nr. 45.

32 CA Pau 15 februari 1973, *JCP* 1973 II, 17584 m.nt. JB, *RTDciv.* 1973, p. 397 m.nt. Durry, waarover Hesselink 1999, p. 309-310.

33 Ripert 1927, nr. 89.

34 Cass. 10 september 1971, *Pas.* 1972 I, p. 28.

35 Zie Palandt/Heinrichs 2003, § 226; Larenz/Wolf 1997, § 16, Rn. 20-21.

van bevoegdheid.³⁶ De typische dialoog tussen eiser en gedaagde verloopt dan als volgt. Eiser: "U hebt onrechtmatig jegens mij gehandeld." Gedaagde: "Maar ik had de bevoegdheid aldus te handelen." Eiser: "U kunt zich ter rechtvaardiging van uw gedrag niet op deze bevoegdheid beroepen, omdat u haar heeft misbruikt." Indien deze twee stellingen van eiser juist worden bevonden, komt daarmee de onrechtmatigheid van het handelen van gedaagde vast te staan.

In de tweede benaderingswijze die ik hier mogelijk acht, gaan de twee bovengenoemde stellingen van eiser in elkaar op. Bij toetsing van een gedraging, die moet worden geplaatst in de sleutel van een aan de actor rechtens toekomende bijzondere bevoegdheid, dienen de misbruikcriteria in deze benadering als invulling van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW.³⁷ Hiermee wordt een afzonderlijke discussie over de bevoegdheid als rechtvaardigingsgrond geëcarteerd. De eiser zal dan stellen en zo nodig moeten bewijzen: "Gedaagde, u heeft onrechtmatig jegens mij gehandeld door misbruik van uw bevoegdheid te maken."

De tweede benadering is de meest praktische, terwijl ze niet tot inhoudelijk andere resultaten zal leiden dan de eerste.³⁸ De zodanige toetsing van op een bevoegdheid gebaseerd gedrag aan het misbruikleerstuk vormt een toepassing van de algemene regels van de onrechtmatige daad.³⁹ Gedrag dat misbruik van bevoegdheid vormt, is onrechtmatig en dus verboden. De misbruikcriteria vormen in dit kader species van dat van de maatschappelijke betamelijkheid: onbetamelijkheid en misbruik vallen samen.

86. Is eenmaal gedrag vertoond dat wegens misbruik van bevoegdheid onrechtmatig moet worden geoordeeld, dan kunnen (onder de daarvoor geldende nadere voorwaarden) ook de overige rechtsgevolgen van onrechtmatige daad worden ingeroepen. De belangrijkste daarvan is de verplichting tot schadevergoeding, waarop nader wordt ingegaan in § 5.3.

Naast de algemene rechtsgevolgen van onrechtmatige daad kunnen bijzondere bepalingen rechtsgevolgen verbinden aan gedragingen die misbruik van bevoegdheid vormen. In Frankrijk en België is de rechter bijvoorbeeld wettelijk bevoegd om in bepaalde gevallen van misbruik van processuele bevoegdheden

36 In deze zin bijv. Okma 1945, p. 24; *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1048 (MvT Inv); Rodenburg 1985, nr. 34; Van Maanen, 1988, p. 102; Den Tonkelaar (*Vermogensrecht*), art. 13, aant. 31; C.H.M. Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, lid 2, aant. 121.1 en 160.1; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 63; Van der Kwaak 2002, p. 580. Vgl. Aubry & Rau/Dejean de la Bâtie 1989, nr. 45.

37 Scheltema 1935, p. 318; Meijers 1937, p. 75; Hofmann/Drion 1959, p. 92; *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 20 (TM); J.W.M. van der Grinten 1984, p. 390; Rodenburg 1985, nr. 34; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 56; Stein/Rueb 2002, p. 8. Vgl. Ripert 1927, nr. 90; Bydlinski 1986, p. 630.

38 Het verbaast dan ook niet dat verschillende auteurs beide benaderingswijzen naast elkaar hanteren. Vgl. bijv. Asser/Hartkamp III 2002, nr. 56 met nr. 63.

39 Van der Wiel 2001, p. 29.

een boete op te leggen ten gunste van de staat (zie art. 32-1, 559, 581 en 628 NCPC; art. 1072bis Ger.W.).

Bij de repressieve functie van misbruikfiguur gaat het om de beoordeling van vertoond gedrag. Bij de preventieve functie gaat het niet om de toetsing van een gedraging, maar om de vóór de bevoegdheidsuitoefening te beantwoorden vraag of in een concreet geval de bevoegdheid de beoogde rechtsgevolgen ervan kan legitimeren. Daarmee gaat de betekenis van het leerstuk in de ogen van de meeste schrijvers uit boven die van een bijzondere vorm van onrechtmatig gedrag.⁴⁰

Meijers heeft zich tegen deze opvatting verzet. Zijns inziens berust de verwarring rond de verhouding tussen misbruik van recht en onrechtmatige daad op het feit dat de rechtsgevolgen van de onrechtmatige daad slechts zeer onvolledig in de wet staan.⁴¹ Ook de rechtsgevolgen van de preventieve functie acht Meijers herleidbaar op de onrechtmatige daad.⁴² Ik ben van mening dat deze visie nog steeds verdedigbaar is.⁴³ Gezegd kan worden dat het bij de preventieve functie van misbruik van bevoegdheid gaat het om het voorkomen van onrechtmatigheid. Het onderscheid tussen de twee opvattingen is overigens niet van groot praktisch belang.

Met het onderscheiden van twee functies van de misbruikfiguur wil ik overigens niet beweren, dat deze twee functies steeds strikt kunnen worden gescheiden. In de praktijk zal het juist dikwijls voorkomen, dat in één geval zowel de preventieve als de repressieve functie tot toepassing kunnen komen. Indien bijvoorbeeld in een bepaald geval zonder behandeling van de inhoudelijke kant van de zaak reeds kan worden geoordeeld dat een ingesteld hoger beroep misbruik van bevoegdheid vormt, dan is aan de ene kant niet-ontvankelijkheid het gevolg (preventieve functie), maar daarnaast kan er sprake zijn van delictuele aansprakelijkheid (repressieve functie): het instellen zelf van hoger beroep vormt immers een gedraging.

40 In deze zin Boll 1913, p. 100-101; Wijnstroom 1921, p. 137; Scheltema 1935, p. 330; Okma 1945, p. 24; Wolfsbergen 1946, p. 74; *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1045 (MvA II); Hofmann/Drion 1959, p. 92; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 625 (Rapport aan de Koningin); Brunner 1977, p. 729-730; Zonderland 1977, p. 59; Rodenburg 1985, nr. 6 en 34; Van Maanen 1988, p. 102; Van der Kwaak 1990, p. 149-150; Den Tonkelaar (*Vermogensrecht*), art. 13, aant. 31; H.J. Snijders 2001, nr. 94.

41 Meijers 1937, p. 78.

42 Meijers 1937, p. 78. Vgl. ook Eggens 1941, p. 74; Eggens 1947, p. 222; Helmich 1945, p. 235-238. In de *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1048 (MvT Inv) wordt de beantwoording van de vraag of misbruik van bevoegdheid steeds een onrechtmatige daad is, overgelaten aan rechter en doctrine.

43 Van der Wiel 2001, p. 30.

3.1.6 De verhouding van misbruik van bevoegdheid met andere rechtsfiguren

87. Gedrag dat misbruik van recht vormt, wordt in de Franse,⁴⁴ Belgische,⁴⁵ Duitse⁴⁶ en Nederlandse⁴⁷ rechtspraak en literatuur als onrechtmatig beschouwd. Voorzover het gaat om het beoordelen van gedrag kan het leerstuk, zoals we hierboven hebben gezien, worden beschouwd als een bijzondere toepassing van de zorgvuldigheidsnorm. Bevoegdheidsoverschrijdend gedrag kan worden beantwoord met een onrechtmatige daadsactie (de hierboven beschreven repressieve functie).

De betekenis van de misbruikfiguur reikt verder. Het leerstuk heeft de algemene strekking de concrete grenzen te geven van in abstracto geformuleerde bevoegdheden. Bij een grensoverschrijdend beroep op een bevoegdheid (preventieve functie), zonder dat reeds tot het beoogde handelen worden overgegaan, treden de rechtsgevolgen van de betrokken bevoegdheid niet in c.q. kunnen deze niet worden ingeroepen. Dit mechanisme heeft het misbruik-leerstuk gemeen met andere rechtsfiguren, waarvan de belangrijkste in Nederland bekend staat als de derogerende of beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. In Nederland heeft de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid binnen de door deze normen beheerste rechtsverhoudingen een werking die overeenkomt met die van de preventieve functie van misbruik van bevoegdheid. Binnen het procesrecht vervullen de beginselen van een goede procesorde een vergelijkbare functie. In hoofdstuk 4 zal ik nader op deze figuren en hun betekenis voor de normering van partijgedrag in het civiele proces ingaan.

3.2 CRITERIA VOOR MISBRUIK VAN (PROCESSUELE) BEVOEGDHEDEN

3.2.1 De ontwikkeling van criteria voor misbruik van bevoegdheid

88. Het leerstuk van misbruik van recht geeft uitdrukking aan “(...) het besef, dat bij het uitoefenen van bevoegdheden voor iedereen de plicht bestaat om de belangen van zijn medemensen en van de maatschappij niet geheel te verwaarlozen (...)”.⁴⁸ Bij toepassing van de figuur op processuele bevoegdheden gaat het om het vinden van een evenwicht tussen het uitgangspunt dat een ieder het recht heeft zich tot de rechter te wenden en te procederen zoals hem dat goeddunkt en de bescherming van de belangen van de wederpartij

44 Zie bijv. Soc. 11 juni 1953, *Bull.* IV, 436; Cadet 1992, nr. 1, 30-31; Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 806.

45 Van Gerven 1980, p. 64; Taelman 1988, p. 95, beide met nadere verwijzingen.

46 Palandt/Heinrichs 2003, § 226, Rn. 5 en 13.

47 Asser/Rutten III 1983, p. 74; Asser/Hartkamp III 2002, nr. 56.

48 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1040 (TM).

en de staat. Vrijheid versus bescherming: we hebben hier te maken met een van de verschijningsvormen van een centraal dilemma van het privaatrecht.⁴⁹

Door de oneindige variatie van gevallen die de realiteit op het terrein van de bevoegdheidsuitoefening biedt en de flexibiliteit die dit van het recht eist, kunnen doctrine, wetgever en rechter op het algemene, abstracte niveau van het leerstuk als geheel slechts algemene regels en uitgangspunten met betrekking tot misbruik geven die per casustype nader kunnen worden ingevuld en toegespitst. De ontwikkeling van de figuur misbruik van bevoegdheid tot een bruikbaar instrument op het concrete niveau van de (soort) casus is in de kern dan ook een kwestie van jurisprudentievorming.

In Frankrijk en België is de ontwikkeling van criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheid een door de literatuur ondersteunde en gestimuleerde rechterlijke aangelegenheid. Bij gebreke aan een wettelijk richtsnoer – afgezien van de bepalingen over onrechtmatige daad – is daartoe in deze landen zowel ruimte als noodzaak. De Duitse § 226 BGB daarentegen geeft een eng en limitatief wettelijk criterium, dat de mogelijkheden van de rechter in sterke mate beperkt. Het gevolg daarvan is dat over het Duitse recht in dit hoofdstuk vrijwel niets van betekenis kan worden gemeld.

89. In Nederland is de ontwikkeling tweeledig geweest. Vóór de invoering van het huidige BW heeft de Hoge Raad in een reeks van arresten inhoud aan het leerstuk misbruik van bevoegdheid gegeven door het ontwikkelen van criteria op basis waarvan getoetst kan worden of in concreto van misbruik sprake is. Daarnaast is in de ontwerpen voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek steeds sprake geweest van een bepaling over misbruik van bevoegdheid, eerst als art. 8 van de Inleidende Titel, later als onderdeel van afdeling 3.1.1. De rechtspraak van de Hoge Raad sluit zich sinds de werkzaamheden aan het nieuwe wetboek in sterke mate aan bij de in de ontwerpen neergelegde criteria.

Ook na de invoering van het huidige wetboek blijft er ruimte voor het ontwikkelen van maatstaven voor misbruik van recht in de jurisprudentie. De drie criteria die uiteindelijk in art. 3:13 lid 2 BW zijn gecodificeerd, moeten namelijk enuntiatief worden opgevat, zoals blijkt uit de woorden “onder meer” die in de wettekst aan de criteria voorafgaan. Hiermee wordt recht gedaan aan het algemene en open karakter van de figuur en ruimte gelaten voor rechtsontwikkeling. Bij deze keuze is tevens gedacht aan het eventueel tot ontwikkeling komen van een afwijkende maatstaf voor misbruik van processuele bevoegdheden.⁵⁰ Uit het navolgende zal blijken dat de Nederlandse rechtspraak, evenals de Franse en Belgische, in het kader van misbruik van procesrecht aansluiting zoekt bij de algemene misbruikcriteria, zoals die in de jurisprudentie of door de wetgever zijn ontwikkeld.

49 Zie bijv. Sieburgh 2000, p. 5-33.

50 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049 (MvT Inv).

3.2.2 Typen bevoegdheden

90. Voorafgaand aan de bespreking van de in de verschillende landen ontwikkelde en toegepaste criteria voor misbruik van processuele bevoegdheden dient enige aandacht te worden besteed aan het onderscheid dat wel wordt gemaakt tussen verschillende typen bevoegdheden.

Ten eerste is er de kwestie van de bevoegdheden die naar hun aard niet kunnen worden misbruikt. Terwijl in de Franse literatuur omstreden is of een dergelijke bevoegdheid zich laat denken,⁵¹ heeft de Nederlandse wetgever deze categorie bevoegdheden van voldoende belang geacht om haar wettelijk te erkennen in art. 3:13 lid 3 BW. Men spreekt hier wel van discretionaire bevoegdheden.⁵² Is eenmaal aangenomen dat een bepaalde bevoegdheid discretionair is, dan kan uitoefening van een dergelijke bevoegdheid nimmer als misbruik worden gekwalificeerd.

Naar mijn mening is erkenning van een dergelijke categorie 'discretionaire bevoegdheden' onnodig. Voldoende terughoudendheid bij toetsing aan de misbruikcriteria leidt tot hetzelfde resultaat. Bovendien kan een generieke erkenning als 'niet te misbruiken bevoegdheid' riskant zijn: het is altijd mogelijk dat zich in het kader van een dergelijke bevoegdheid een onvoorzien geval voordoet, waarbij de mogelijkheid van toetsing aan de misbruikcriteria wenselijk is. In ieder geval lijkt het erop dat deze categorie bevoegdheden in de praktijk een marginale rol zal spelen.⁵³ Dit geldt a fortiori op het terrein van de processuele bevoegdheden,⁵⁴ omdat deze veelal doelgebonden zijn. Hiermee zijn we bij een tweede type bevoegdheden aangeland.

91. Van doelgebonden bevoegdheden, de term zegt het al, wordt geleerd dat deze aan rechtssubjecten worden gegeven om bepaalde doelen mee te dienen. In Frankrijk werd en wordt wel verdedigd dat elke bevoegdheid doelgebonden is. Deze opvatting is in Nederland niet aanvaard.⁵⁵ In de in Nederland heersende opvatting, die ook ten grondslag ligt aan art. 3:13 lid 2 BW, moet per bevoegdheid worden bepaald of zij doelgebonden is. Aangenomen wordt bijvoorbeeld dat goederen (de 'eigenlijke subjectieve rechten'⁵⁶) niet doelgebonden zijn.⁵⁷

51 Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 773-775. Ripert 1927, nr. 100 neemt wel discretionaire bevoegdheden aan.

52 Rodenburg 1985, nr. 10. Vgl. Van Gerven 1973, p. 170.

53 Vgl. Rodenburg 1985, nr. 10. Reeds in de Toelichting-Meijers wordt opgemerkt dat dit type bevoegdheid in het licht van de rechtsontwikkeling zeldzamer wordt. Zie *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1040 (TM).

54 Zie voor een uitzondering HR 8 mei 1998 (*B./P.C. en E.C.C.*), NJ 1998, 606: het recht zich van de getuigplicht te verschonen op grond van verwantschap (art. 165 lid 2 sub a Rv) kan naar zijn aard niet worden misbruikt.

55 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038 (TM); Rodenburg 1985, nr. 13.

56 Rodenburg 1985, nr. 14.

57 Rodenburg 1985, nr. 13.

Processuele bevoegdheden worden in het algemeen beschouwd als doelgebonden.⁵⁸ Het doel zou hier kunnen worden omschreven als het vaststellen, tot stand brengen, wijzigen, beëindigen en effectueren van privaatrechtelijke rechten en verplichtingen van rechtssubjecten door tussenkomst van de rechter.⁵⁹

In het verband van de categorisering van bevoegdheden verdient ook het begrip wilsrecht opnieuw (zie reeds § 2.1.2.2) aandacht. Meijers definieert het wilsrecht als “(...) de bevoegdheid om door een wilsverklaring veranderingen in (...) rechtsbetrekkingen tot stand te brengen.”⁶⁰ Onder deze ruime omschrijving valt zeer veel te brengen,⁶¹ waaronder ook de processuele bevoegdheden. Het instellen van een vordering kan als de uitoefening van een wilsrecht worden gezien. De bepaling van de omvang van het geschil, het ondersteunen van de eis en het voeren van verweer geschieden doordat partijen jegens elkaar en de rechter eenzijdige uitingen doen, die de onderlinge processuele verhouding nader bepalen. In zoverre komt het verrichten van proceshandelingen neer op de uitoefening van wilsrechten.⁶²

Een ruime opvatting van het begrip wilsrecht, waarvan ik zou willen uitgaan,⁶³ brengt mee dat vele onderling zeer verschillende bevoegdheden tevens als wilsrechten kunnen worden gekwalificeerd. Daarom heeft deze kwalificatie mijns inziens op zichzelf weinig betekenis voor de toetsing van de uitoefening van wilsrechten in het kader van de misbruikleur. Wel van belang is dat een wilsrecht niet qualitate qua een discretionaire bevoegdheid vormt.⁶⁴ Dit blijkt reeds uit het feit dat processuele bevoegdheden veelal én als doelgebonden, én als wilsrecht kunnen worden beschouwd.

3.2.3 Frankrijk

3.2.3.1 *De controverse in de Franse doctrine*

92. Uitspraken van het Cour de cassation⁶⁵ uit 1817 en het gerecht te Colmar⁶⁶ uit 1855 vormen als gezegd het beginpunt van de jurisprudentiële

58 Zie bijv. Meijers 1937, p. 72; Van Neste 1967, p. 357; Van Gerven 1973, nr. 67; Rodenburg 1985, nr. 13; Taelman 1988, nr. 3; Blary-Clément 1991, nr. 17. Anders M.E. Storme, 1990, nr. 9.

59 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 1.

60 Meijers 1948, p. 266. Vgl. Larenz/Wolf 1997, § 14, Rn. 17, § 15, Rn. 78-104.

61 Zie voor een overzicht W. Snijders 1999a, p. 558-565.

62 W. Snijders 1999a, p. 562.

63 In navolging van W. Snijders 1999a, p. 558-565. Anders bijv. Mellema-Kranenburg 1988, p. 5.

64 Zie *Parl. gesch. Inv. Boek 3*, p. 1046 (MvA II). Juist is wel dat discretionaire bevoegdheden veelal tevens wilsrechten zijn. Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1040 (TM).

65 Crim. 19 december 1817, S 1818 I, p. 170.

66 CA Colmar 2 mei 1855, DP 1856 II, p. 9.

ontwikkeling van het leerstuk van misbruik van recht in West-Europa. Ook de Franse doctrine is op dit punt richtinggevend geweest. Hierboven werd al gerefereerd aan de stelling van Planiol: “le droit cesse où l’abus commence.”⁶⁷ Deze these, die misbruik van recht tot logische onmogelijkheid degradeert (zie § 3.1.2), heeft de ontwikkeling van het leerstuk niet in de kiem kunnen smoren. De discussie in de literatuur spitste zich juist toe op de vraag aan de hand van welk criterium moet worden beoordeeld of er sprake is van misbruik van recht.

Ripert neemt, vanuit een sterk individualistische opvatting van het subjectieve recht, de handelingsvrijheid die een specifieke bevoegdheid met zich meebrengt tot uitgangspunt en stelt dat er in beginsel slechts sprake is van misbruik van (proces)recht, indien de drager van het recht een *intention de nuire* heeft.⁶⁸ In de Franse literatuur wordt deze opvatting, wegens de engheid van het criterium, algemeen als te beperkt beschouwd om als enige maatstaf te fungeren.⁶⁹ Ook Ripert zelf brengt tal van nuances op zijn uitgangspunt aan.⁷⁰ Zowel hij als Planiol wijst er op dat in tal van situaties het benadelen van anderen geoorloofd is, bijvoorbeeld bij concurrentie.⁷¹

Josserand denkt vanuit het doel van het subjectieve recht. Zijns inziens heeft elk recht een doel en is dat doel bepalend voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van misbruik van recht. In zijn visie is misbruik van bevoegdheid “(...) l’acte contraire au but de l’institution, à son esprit et à sa finalité.”⁷² Voor hem is *détournement de pouvoir* het alomvattende criterium voor misbruik, ook op het gebied van het procesrecht.⁷³ Door verschillende Franse schrijvers wordt de theorie van Josserand ook tegenwoordig als de vanuit theoretisch oogpunt meest bevredigende maatstaf voor misbruik van recht beschouwd.⁷⁴ Er is echter ook kritiek, met name vanwege de onzekerheid die dit criterium bij toepassing in de praktijk met zich meebrengt.⁷⁵ Opvallend is dat Ripert en Josserand elkaar met hun schijnbaar onverzoenlijke uitgangspunten dicht naderen, waar beiden ervan uitgaan dat aan hun criterium in ieder geval is voldaan bij afwezigheid van voordeel respectievelijk belang aan de kant van de actor.⁷⁶

67 Planiol 1923, nr. 871.

68 Ripert 1927, nr. 97; Ripert 1948, nr. 118.

69 Zie bijv. Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 784.

70 Bijv. Ripert 1927, nr. 103.

71 Planiol 1923, nr. 871; Ripert 1927, nr. 102.

72 Josserand 1939, nr. 292.

73 Zie Josserand 1939, nr. 39-62.

74 Zie Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 789, Cadiet 1992, nr. 24.

75 Waarover Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 787-788. Zie reeds Ripert 1927, nr. 103.

76 Zie Ripert 1927, nr. 97; Josserand 1939, nr. 300. Zie ook Cadiet 1992, nr. 23 met nadere verwijzingen. Vgl. Brethe de la Gressaye 1925.

Een derde veel verdedigde opvatting⁷⁷ is dat het criterium voor misbruik van bevoegdheid moet worden gezocht in het algemene criterium voor ongeoorloofde handelingen, *faute*. Als voornaamste punt van kritiek op deze opvatting kan worden genoemd dat dit criterium eigenlijk geen antwoord biedt op de vraag wanneer er dan sprake is van een *faute* bij het uitoefenen van een bevoegdheid.⁷⁸

De controverse over de criteria van misbruik van bevoegdheid in de Franse literatuur is langzamerhand doodgebloed,⁷⁹ met name omdat, zoals hieronder nog zal blijken, de rechtspraak een geheel eigen spoor heeft getrokken.⁸⁰

3.2.3.2 In de jurisprudentie ontwikkelde criteria

93. Frankrijk kent een zeer uitgebreide jurisprudentie op het gebied van misbruik van processuele bevoegdheden. Analyse van deze rechtspraak met het oog op de voor toetsing van misbruik gehanteerde criteria levert op het eerste gezicht een wat verbrokken beeld op. Verschillende criteria fungeren naast elkaar en de door de rechter in verschillende uitspraken gebruikte bewoordingen kenmerken zich door subtiele verschillen, ook wanneer het kennelijk om hetzelfde criterium gaat.

Tot in de jaren '70 van de vorige eeuw was de dominante lijn in de rechtspraak van het Cour de cassation dat er sprake is van misbruik van een processuele bevoegdheid wanneer "(...) s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou s'il agit d'une erreur grave équivallente au dol."⁸¹

In dit criterium komt tot uitdrukking dat niet elke misstap of vergissing bij het procederen een fout oplevert.⁸² Het recht en de feiten zijn vaak onduidelijk en de uitkomst van een geding onzeker. Het enkele verliezen van een geding mag dan ook geen voldoende voorwaarde zijn om te kunnen spreken van misbruik van procesrecht ter zake van het instellen van de eis of het voeren van de verdediging.⁸³ Het instellen van een eis in rechte en het voeren van verdediging daartegen vormen fundamentele bevoegdheden van iedere burger, neergelegd in art. 6 lid 1 EVRM en art. 30 NCPC. Deze bevoegdheid van de burger, die los staat van de overige burgerlijke rechten van partijen, maakt het uitoefenen van processuele bevoegdheden in beginsel rechtmatig, ook in

77 Zie onder andere Mazeaud & Tunc 1965, nr. 576 en 591; Mazeaud/Chabas 1998, nr. 458; Ghestin & Goubeaux 1994 nr. 779 met nadere verwijzingen.

78 Zie bijv. Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 781.

79 Cadet 1992, nr. 24.

80 Zie in het algemeen Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 790-804; Aubry & Rau/Dejean de la Bâtie 1989, nr. 45.

81 Van de ruim 100 arresten waarin dit criterium in licht variërende bewoordingen wordt toegepast noem ik hier als voorbeelden Civ. 7 december 1885, *DP* 1886 I, 207; Civ. 7 mei 1924, *S* 1925, 1, 217 m.nt. Jean Brêthe de la Gressaye; Civ. II 13 november 1959, *GP* 1960 I, p. 98; Civ. II, 11 januari 1973, *GP* 1973 II, p. 710.

82 Cadet 1992, nr. 92.

83 Cadet 1992, nr. 96 en 108 met verwijzingen naar relevante rechtspraak.

geval van verlies van het geding. Het bovengenoemde door het Cour de cassation ontwikkelde criterium benadrukt dat dit slechts onder uitzonderlijke omstandigheden anders is.

94. Naast het criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol* heeft in de rechtspraak het *faute*-begrip als zodanig op dit terrein in de loop der jaren steeds meer ruimte gewonnen.⁸⁴ De algemene maatstaf voor de *faute* – “un comportement anormal, que n’aurait pas un homme raisonnable et prudent”⁸⁵ – lijkt op het eerste gezicht zwaardere eisen aan gedrag te stellen dan de genoemde specifieke maatstaf van misbruik van procesrecht. Deze paradox heeft in de literatuur tot discussie geleid, met name rond de vraag of de verschillende kamers van het Cour de cassation op dit terrein wellicht een afwijkend beleid voeren.⁸⁶

De laatste decennia is het criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol* vrijwel geheel verdrongen door het *faute*-criterium.⁸⁷ Het feit dat deze beide criteria eerder naast elkaar als maatstaf voor misbruik van procesrecht werden gebruikt leverde in de praktijk geen inconsistenties van betekenis op.⁸⁸ Het kwam de Franse cassatierechter wel op kritiek te staan, omdat het vanuit systematisch oogpunt weinig fraai is en bovendien aanleiding kan geven tot verwarring.⁸⁹

Bij het hanteren van het algemene *faute*-criterium eiste en eist de Franse cassatierechter in dit verband steeds een vrij nauwkeurige karakterisering van het verweten gedrag.⁹⁰ Bij beide criteria is voor misbruik steeds vereist dat de dader een stevig verwijt kan worden gemaakt. Er wordt een ruime marge opengelaten waarbinnen men vrij is procedures te entameren, een verdediging te voeren en een processuele koers te bepalen. Dit is in het licht van de aard van het civiele proces ook noodzakelijk: de feiten en het recht zijn vaak onzeker en onduidelijk en de rechtssubjecten hebben in beginsel het recht een en ander in een geding ter discussie te stellen.

84 Cadet 1992, nr. 91; Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 803.

85 Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 779. Vgl. bijv. Mazeaud/Chabas 1998, nr. 453.

86 Zie met name Jack-Mayer 1967. Vgl. Cadet 1992, nr. 90; Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 780 en 803; Mazeaud/Chabas 1998, nr. 458.

87 Zie bijv. Com. 12 januari 1976, *D* 1977, p. 141 m.nt. Y. Chantier; Civ. I 16 februari 1983, *JCP* 1983 IV, 140; Civ. II 1 maart 1989, *GP* 1989, Pan. p. 108; Civ. II 24 februari 1993, *JCP* 1993 IV, 1095; Civ. II 18 december 1996, *GP* 1997, Pan. p. 215.

88 Cadet 1992, nr. 90.

89 Zie bijv. Mazeaud & Tunc 1965, nr. 591.

90 Zie onder meer Civ. I 11 februari 1964, *D* 1964, Som. p. 97; Civ. I 20 juni 1966, *JCP* 1966 II, 14890; Civ. III 20 juni 1972, *JCP* 1972 II, 17202 m.nt. Emile-Jean Guilloit; Civ. I 16 februari 1983, *JCP* 1983 IV, 140; Civ. II 4 november 1988, *D* 1989, p. 609 m.nt. Marie-Anne Frison-Roche; Civ. II 29 mei 1996, *JCP* 1996 IV, 1630. Vgl. Cadet 1992, nr. 104-106.

Reeds in 1961 is over het verschil tussen beide criteria opgemerkt: “l’opposition est plus beaucoup verbale que réelle.”⁹¹ Ik sluit mij hierbij aan. Mijns inziens kan het specifieke criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol* worden opgevat als een bijzondere, op de processituatie toegespitste uitwerking van het algemene *faute*-criterium voor buitencontractuele aansprakelijkheid van art. 1382 en 1383 Cc.⁹² Het gegeven dat de Franse cassatierechter gaandeweg afstand heeft genomen van het specifieke criterium en nu voornamelijk het algemene *faute*-criterium hanteert, houdt geen scherpe inhoudelijke koerswijziging in. Vereist wordt thans steeds een *faute caractérisée*: het gaat er om dat de omstandigheden van het geval het oordeel dat er sprake is van misbruik van procesrecht rechtvaardigen. De eisen die hierbij worden gesteld met betrekking tot de feiten komen grosso modo overeen met die van het criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol*. Dat de omstandigheden van het geval centraal staan, blijkt te meer uit het feit dat de hoogste Franse rechter ermee akkoord gaat dat de feitenrechter zijn oordeel omtrent misbruik van procesrecht rechtstreeks op de vastgestelde feiten grondt, zonder tussenkomst van een algemeen criterium.⁹³ Wat dit alles in het concrete geval inhoudt, zal blijken bij de bespreking van de verschillende casustypen in § 3.3.

95. In Frankrijk gebruikt men soms nog andere criteria bij de beoordeling van het gebruik van processuele bevoegdheden. In de rechtspraak hierover wordt ook het criterium *intention de nuire* toegepast.⁹⁴ De bewijsproblematiek die dit criterium met zich meebrengt wordt opgelost door als uitgangspunt te nemen dat aan het criterium is voldaan bij *absence d’un intérêt sérieux et légitime*.⁹⁵ Ten slotte komt het bij uitzondering voor dat het misbruik van een processuele bevoegdheid wordt aangetoond door te laten zien dat deze wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven.⁹⁶

Concluderend meen ik te kunnen stellen dat in de Franse jurisprudentie niet zozeer het gehanteerde criterium als wel een waardering van de omstandigheden van het geval beslissend zijn voor het oordeel of van een processuele bevoegdheid misbruik is gemaakt. De verschillende criteria staan niet zozeer tegenover elkaar als wel dat zij verschillende inhoudelijke nadruk kennen.

91 Solus & Perrot I 1961, nr. 119. Vgl. ook Mazeaud & Tunc 1965, nr. 591: “(...) la question est toujours de savoir s’il y a faute, et la question est seulement de savoir s’il y a faute.”

92 Vgl. Cadet 1992, nr. 90-91.

93 Bijv. Civ. I 22 april 1986, *JCP* 1986 IV, 183; Civ. III 16 januari 1991, *D* 1991, Som. p. 323; Civ. II 22 mei 1995, *JCP* 1995 IV, 1711.

94 Bijv. Civ. III 26 oktober 1983, *JCP* 1984 IV, 6; Com. 4 juli 1995, *GP* 1995, Pan. p. 231.

95 Bijv. Civ. III 30 september 1998, *JCP* 1998 IV, 3195.

96 Bijv. Civ. II 29 april 1976, *JCP* 1977 II, 18738 m.nt. P. Gerbay.

3.2.4 België

3.2.4.1 De ontwikkeling van de Belgische doctrine

96. De sterke invloed die het Franse recht traditioneel op het Belgische heeft, is ook op het gebied van misbruik van recht onmiskenbaar aanwezig. In het voetspoor van de ontwikkelingen bij hun zuiderburen is ook in de Belgische doctrine een uitgebreide discussie op gang gekomen. In eerste instantie is de voornaamste strijdvraag aan de hand van welk criterium moet worden beoordeeld of er in een bepaald geval sprake is van rechtsmisbruik. Later verschuift het debat naar de grondslag en positie van het leerstuk. Vanaf het begin zijn bij deze discussies de processuele bevoegdheden gezien als een belangrijk toepassingsgebied van het misbruikleerstuk. Het verloop ervan geef ik hieronder chronologisch weer.

Campion bespreekt in zijn monografie uit 1925 de ontwikkelingen tot dan toe. Zelf herleidt hij de verschillende tot dan toe in de literatuur verdedigde criteria (de benadelingsbedoeling, gebrek aan belang en de afwijking van het doel van het recht) tot één “(...) critérium véritable: la rupture de l’équilibre des intérêts en présence.”⁹⁷ Als wettelijke grondslag voor toepassing van de misbruikleer (buiten het contractenrecht) noemt hij art. 1382 B.W. aangaande de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁹⁸

Ruim 25 jaar later verdedigt De Bersaques een soortgelijk criterium. Zijns inziens is er van rechtsmisbruik sprake wanneer “(...) on exerce un droit de telle manière que le profit qu’on en retire est hors de toute proportion avec le dommage qui en résulte pour autrui.”⁹⁹ Het criterium van de benadelingsbedoeling acht hij te eng,¹⁰⁰ terwijl hij het criterium *détournement de pouvoir* kwalificeert als “(...) dangereusement equivoque et imprécis.”¹⁰¹

Dalcq neemt in 1967 als uitgangspunt dat “(...) l’abus de droit n’est qu’un aspect particulier de la faute aquilienne et ne déroge nullement aux règles qui s’appliquent à celle-ci.”¹⁰² De verschillende in de literatuur ontwikkelde criteria voor misbruik van recht beschouwt hij dan ook als “(...) des critères de la faute aquilienne.”¹⁰³

Van Neste stelt in datzelfde jaar dat de toepassing van de verschillende misbruikcriteria in de rechtspraak uitdrukking geven aan de objectieve goede trouw. Hij acht misbruik van recht aanwezig wanneer “(...) een recht wordt uitgeoefend *met bedoelingen of op een wijze* die niet stroken met de *eisen van*

97 Campion 1925, nr. 415-429.

98 Campion 1925, nr. 431-434.

99 De Bersaques 1953, p. 287.

100 De Bersaques 1953, p. 276.

101 De Bersaques 1953, p. 286.

102 Dalcq 1967, nr. 604.

103 Dalcq 1967, nr. 603.

de goede trouw.”¹⁰⁴ Daarmee beoogt de auteur niet de misbruikfiguur geheel buiten het kader van de onrechtmatige daad te plaatsen, maar neemt hij het standpunt in dat de betekenis van de figuur die van een vorm van fout-aansprakelijkheid overstijgt.¹⁰⁵

In zijn Algemeen Deel stelt Van Gerven dat in België vrijwel algemeen wordt aangenomen dat de grondslag van misbruik van recht is gelegen in de wetbepalingen over de onrechtmatige daad.¹⁰⁶ Hij vraagt zich echter in navolging van Van Neste af of de ontwikkeling van het leerstuk zich niet buiten de grenzen van de onrechtmatige daad aan het begeven is. Van de verschillende voorgestelde criteria meent hij, dat deze “(...) elkaar niet verdringen maar naast elkaar kunnen worden aangewend: een echte keuze tussen bedoelde criteria dringt zich dus niet op.”¹⁰⁷ Ze vormen een “(...) concretisering van de algemene zorgvuldigheidsnorm.”¹⁰⁸

Met betrekking tot misbruik van processuele bevoegdheden stellen beide laatstgenoemde auteurs voorop dat het hierbij gaat om doelgebonden bevoegdheden.¹⁰⁹ Toepassing van het criterium *détournement de pouvoir* ligt op dit terrein dus voor de hand. Van Neste leidt uit de rechtspraak af dat dit ook veel gebeurt. Hij meent dat dit neerkomt op een beoordeling van gedrag met een tamelijk subjectieve inslag.¹¹⁰ Van Gerven is juist van mening dat er in de rechtspraak nog te weinig aandacht is voor de doelgebondenheid van bevoegdheden, terwijl dit zijns inziens “(...) een gewenste verfijning [zou] betekenen waardoor de eigen aard van bepaalde gevallen van misbruik (...) beter tot zijn recht zou komen.”¹¹¹

97. M. Storme heeft gepleit voor een autonome benadering van misbruik van procesrecht. Storme stelt dat “(...) het procesrechtsmisbruik een eigen aanpak postuleert en niet kan worden beheerst door de ‘beginselen’ van het rechtsmisbruik.”¹¹² Deze stelling onderbouwt hij onder meer door erop te wijzen dat het procesrecht een van het burgerlijk recht autonome, maar tegelijk dit recht dienende positie heeft en het karakter van geciviliseerd geweld in zich draagt. Ook het feit dat bij het proces naast partijbelangen tevens overheidsbelangen zijn betrokken, acht hij grond voor een eigen aanpak van misbruik van proces-

104 Van Neste 1967, p. 375.

105 Van Neste 1967, p. 376.

106 Van Gerven 1973, nr. 63.

107 Van Gerven 1973, nr. 73.

108 Van Gerven, 1980, p. 64.

109 Van Neste 1967, p. 357; Van Gerven 1973, nr. 67.

110 Van Neste 1967, p. 374. Limpens & Kruithof 1973, p. 672 vinden zelfs dat met dit criterium “(...) aan de rechter een (...) gevaarlijk wapen (...) in (...) handen wordt gegeven.”

111 Van Gerven 1973, nr. 67.

112 M. Storme 1986, nr. 15. Zie ook M. Storme 1993, p. 176.

recht.¹¹³ Evenals eerder genoemde Belgische auteurs beschouwt Storme processuele bevoegdheden overigens als doelgebonden.¹¹⁴

Storme definieert misbruik van procesrecht als "(...) het gebruik zonder enig redelijk belang van de regels van het procesrecht voor een ander doel dan datgene waarvoor het bestemd werd en/of het gebruik van deze regelen op een wijze die naar omstandigheden niet strookt met de proceseconomie."¹¹⁵ De vraag dringt zich op in hoeverre Storme hiermee daadwerkelijk afstand neemt van de algemene theorie van het rechtsmisbruik.

Ten eerste verwijst zijn definitie van misbruik van procesrecht naar de uit de algemene misbruikleer afkomstige criteria 'gebrek aan belang' en *détournement de pouvoir*. Hij typeert verschillende groepen gevallen van misbruik van procesrecht met behulp van termen als onevenredigheid, gebrek aan belang, foutieve gedraging en oogmerk om te schaden.¹¹⁶ Storme geeft overigens zelf aan zich bewust te zijn "(...) van het feit dat men in deze materie uiteindelijk terugkeert naar art. 1382 B.W. en meer bepaald naar wat men in casu zou kunnen omschrijven als betamelijkheid in het procesrechtelijk verkeer, alsook naar bepaalde typologieën die reeds in het kader van het rechtsmisbruik worden gehanteerd."¹¹⁷

Ten tweede kent Storme met zijn definitie van misbruik van procesrecht betekenis toe aan de proceseconomie, die volgens hem inhoudt "(...) dat elk gerechtelijk geding op een zoveel als mogelijk snelle, goedkope en eenvoudige wijze naar zijn einddoel wordt gebracht, d.w.z. met een minimum aan tijd, geld en arbeidsinzet voor rechter en partijen."¹¹⁸ Ik betwijfel of de notie van de proceseconomie, die door de rechter met name wordt gebruikt bij het motiveren van de wijze waarop hij de behandeling van een zaak inricht,¹¹⁹ in dit verband inhoudelijk toegevoegde waarde heeft naast de bekende misbruikcriteria. De factoren tijd, geld en arbeidsinzet kunnen voldoende tot hun recht komen in het kader van deze criteria, bijvoorbeeld bij het waarderen van de betrokken belangen bij toepassing van het onevenredigheids criterium.

Storme maakt in zijn bijdrage vervolgens nog onderscheid tussen misbruik van een processuele bevoegdheid en misbruik van processuele regels.¹²⁰ Processuele regels scheppen veelal (geclausuleerde) bevoegdheden voor de actoren in het proces. Zo bezien zal misbruik van een processuele regel in de regel neerkomen op misbruik van een processuele bevoegdheid. Het concept 'misbruik van processuele regels' komt mijns inziens dan ook geen zelfstandige betekenis toe ten opzichte van misbruik van processuele bevoegdheden.

113 M. Storme 1986, nr. 11-15.

114 M. Storme 1986, nr. 7.

115 M. Storme 1986, nr. 20.

116 M. Storme 1986, nr. 30-33.

117 M. Storme 1986, nr. 10.

118 M. Storme 1986, nr. 22.

119 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 38 voor voorbeelden.

120 M. Storme 1986, nr. 7.

98. Taelman sluit zich bij zijn beschouwingen over misbruik van procesrecht aan bij de gedachte van Van Neste dat niet elke toepassing van de misbruikfiguur is terug te voeren op de art. 1382-1383 B.W., aan welke artikelen Taelman de taak toedicht "(...) een sanctie en een juridische oplossing te brengen, en niet zozeer een verklaring."¹²¹ Hij onderbouwt deze stellingname door te wijzen op de toepassing van typisch procesrechtelijke sancties, die niet terug te voeren is op art. 1382-1383 B.W., welke hiermee zijns inziens "(...) als (uitsluitende) grondslag voor procesrechtsmisbruik voorbijgestreefd zijn."¹²² Volgens hem moet de beoordelingsnorm¹²³ en grondslag¹²⁴ bij misbruik van procesrecht gezocht worden in de objectieve goede trouw.

M.E. Storme bouwt voort op deze gedachte. Hij denkt echter, in tegenstelling tot eerdergenoemde auteurs, niet vanuit de autonome procespartij en haar bevoegdheden, die ophouden waar het misbruik begint. Storme stelt de onderlinge verhouding tussen partijen centraal.¹²⁵ Deze verhouding wordt zijns inziens mede beheerst door de goede trouw, wat betekent dat

"(...) in het geding partijen in een rechtsverhouding staan waarin zij zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten laten leiden."¹²⁶

Storme ruilt de (doelgebonden¹²⁷) bevoegdheid als uitgangspunt in voor de verhouding tussen partijen en stelt de goede trouw centraal als bron van ongeschreven procesrecht. Daarmee verwerpt hij echter niet de hele dogmatiek rond het misbruikleerstuk:

"Wél zijn de in het raam van die leer tot nu toe uitgewerkte maatstaven nuttig (...). Doch de overgeleverde maatstaven voor rechtsmisbruik zijn ook in het procesrecht niet alleenzalmakend."¹²⁸

Bovendien legt hij, in navolging van bovengenoemde auteurs, de link met de onrechtmatige daad: een gedraging in strijd met de processuele goede trouw kan delictuele aansprakelijkheid opleveren.¹²⁹ In feite zet Storme zich niet zozeer af tegen de heersende leer op het gebied van misbruik van procesrecht, maar beschouwt hij dit leerstuk als onderdeel van het zijns inziens ook in het proces fundamentele beginsel van de goede trouw.

121 Taelman 1988, nr. 19.

122 Taelman 1988, nr. 25.

123 Taelman 1988, nr. 25.

124 Taelman 1988, p. 93.

125 M.E. Storme 1990, nr. 9 en passim.

126 M.E. Storme 1990, nr. 2.

127 Kennelijk meent M.E. Storme overigens dat processuele bevoegdheden *niet* doelgebonden zijn. Zie M.E. Storme 1990, nr. 9.

128 M.E. Storme 1990, nr. 10.

129 M.E. Storme 1990, nr. 11 en 19.

Samenvattend kan de stand van de Belgische doctrine op het onderhavige terrein als volgt worden weergegeven. De discussie omtrent de criteria van misbruik van recht is min of meer verlaten. Men lijkt het er over eens te zijn dat verschillende criteria naast elkaar kunnen fungeren. Wat betreft de betekenis van het misbruikleerstuk heeft de opvatting dat deze breder is dan louter een vorm van onrechtmatige daad terrein gewonnen. De grondslag ervan moet worden gezocht in de objectieve goede trouw. Dit laat onverlet dat het leerstuk van de onrechtmatige daad in belangrijke mate bepalend is voor de rechtsgevolgen van misbruik van recht.

3.2.4.2 De Belgische rechtspraak

99. De rechtspraak van de hoogste Belgische rechter over misbruik van procesrecht is op het eerste gezicht niet eenduidig. Twee hoofdlijnen beheersen het beeld. In de eerste daarvan staat een arrest uit 1942 centraal, waarin het Hof van Cassatie overweegt "(...) dat het instellen van een vordering die een lichtvaardigheid laat blijken waarvoor elk voorzichtig en bedachtzaam mens zich zou gehoed hebben, het karakter van een onrechtmatige daad aanneemt welke, overeenkomstig het gemeen recht, voor hem die ze verricht de verplichting met zich brengt de schadebrengende gevolgen ervan te vergoeden (...)" en beslist dat degene die aldus handelt "(...) de grenzen overschrijdt van het aan eenieder toekomende recht om op te treden in rechte (...)." ¹³⁰ Dit criterium voor misbruik van procesrecht komt overeen met de zorgvuldigheidsnorm bij de commune onrechtmatige daad ¹³¹ en wordt ook toegepast bij andere vormen van rechtsmisbruik. ¹³² Een aantal latere arresten over misbruik van procesrecht lijkt, ondanks de wat wisselende bewoordingen, bij deze lijn aan te sluiten. ¹³³

De tweede lijn die kan worden onderscheiden lijkt op het eerste gezicht strenger. Om te oordelen dat er sprake is van misbruik van procesrecht is volgens een aantal arresten "(...) mauvaise foi ou (...) erreur inexcusable (...)" ¹³⁴ dan wel "(...) roekeloosheid, boosaardigheid of kwade trouw (...)" ¹³⁵ vereist.

Een dergelijke compositie met twee lijnen is hierboven ook gesignaleerd in de Franse rechtspraak. De met betrekking tot de Franse jurisprudentie getrokken conclusie (zie § 3.2.3.2) dat de twee criteria niet tot wezenlijk ver-

¹³⁰ Cass., 15 mei 1941, *Pas.* 1941 I, p. 192.

¹³¹ Zie Van Dam 2000, nr. 302 met nadere verwijzingen.

¹³² Zie met name Cass. 10 september 1971, *Pas.* 1972 I, p. 28, *RW* 1971-72, k. 321.

¹³³ Zie bijv. Cass. 22 maart 1956, *Pas.* 1956 I, p. 777 ("faute grave et dommageable"); Cass. 13 april 1967, *Pas.* 1967 I, p. 954 ("faute"); Cass. 2 februari 1970, *Pas.* 1970 I, p. 461 (toegesplitst op de omstandigheden van het geval).

¹³⁴ Cass. 13 november 1953, *Pas.* 1954 I, p. 189.

¹³⁵ Cass. 29 november 1962, *Pas.* 1963 I, p. 406, *RW* 1962-63, k. 1529.

schillende resultaten leiden, geldt mijns inziens ook hier.¹³⁶ Het tweede criterium kan worden beschouwd als een bijzondere invulling van het foutbegrip, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat niet reeds het feit dat de in rechte verdedigde stellingen onjuist worden geoordeeld, tot de conclusie leidt dat er sprake is van een fout. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig.¹³⁷

100. Voor de beoordeling van misbruik van recht in het algemeen past de Belgische cassatierechter nog verschillende andere criteria toe. Regelmatig wordt ook een combinatie van verschillende criteria gebruikt. Illustratief is een arrest uit 1992 waarin wordt overwogen

“(...) dat er sprake kan zijn van misbruik van recht, onder meer als een recht zonder redelijk en voldoende belang wordt uitgeoefend; dat zulks inzonderheid het geval is wanneer het berokkende nadeel buiten verhouding is met het door de houder van het recht beoogde of gekregen voordeel; dat de rechter, bij de beoordeling van de in het geding zijnde belangen, met alle omstandigheden van de zaken rekening moet houden (...)”.¹³⁸

Hier worden het evenredigheids criterium en het gebrek aan redelijk belang in elkaars verlengde geplaatst, waarbij benadrukt wordt dat de omstandigheden van het geval in hun totaliteit beslissend zijn voor het resultaat.

Opvallend zijn voorts nog twee arresten waarin wordt overwogen dat wanneer de drager van een recht kan kiezen “(...) tussen verschillende wijzen van uitoefening van zijn recht met hetzelfde nut, het niet toegelaten is die te kiezen welke voor een ander schadelijk is ofwel het algemeen belang miskent (...)”.¹³⁹ Deze maatstaf behelst een subsidiariteitstoets, die de handelingsvrijheid van de drager van een recht sterk lijkt in te perken. In de praktijk maakt de interpretatieruimte die het element ‘hetzelfde nut’ biedt het mogelijk dit criterium toe te passen op een wijze die in de pas loopt met de overige rechtspraak rond misbruik van recht.

101. In de overvloedige lagere Belgische jurisprudentie omtrent misbruik van procesrecht worden vele criteria naast elkaar gebruikt. Ter illustratie een kleine greep uit het gebodene.¹⁴⁰

136 Vgl. Taelman 1988, p. 98.

137 Vgl. Taelman 1988, p. 101.

138 Cass. 30 januari 1992, RW 1993-94, p. 1023.

139 Cass. 12 juli 1917, *Pas.* 1918 I, p. 65; Cass. 16 november 1961, *Pas.* 1962 I, p. 332, RW 1962-63, k. 1157.

140 Zie voor overzichten van (oudere) rechtspraak Champion 1925, nr. 93-97; Pollet 1950, p. 569-571; Dabin & Lagasse 1955, p. 226; Pollet 1955, p. 597-600; Dabin & Lagasse 1959, p. 190; Pollet 1961, p. 21-23; Dabin & Lagasse 1963, p. 275; Dalcq 1967, nr. 617-623; Van Neste 1967, p. 339-376.

“Handelen zoals de geïntimeerde deed is in de concrete omstandigheden van deze zaak (...) het afwenden van het recht van zijn doel; in die omstandigheden heeft de geïntimeerde geen rechtmatig belang (...).”¹⁴¹

“(...) [A]ppelante (...) moest of kon weten dat zulk een verweer in een zaak van echtscheiding niet toegelaten is; dat het onderhavig rechtsmiddel blijkt aangewend te zijn louter met het oog om bij misbruik van recht langer het genot te hebben van het alimentatiegeld (...).”¹⁴²

Het Hof te Brussel oordeelt in een zaak waarin een van de partijen talrijke vertragsmanoeuvres toepast dat “(...) ces manoeuvres doivent être considérées dans leur ensemble, depuis l’intentement de l’action jusqu’à la décision définitive (...)” en dat deze “(...) forment un faisceau dont la densité relève qu’ils ont été utilisés sans égard à leurs fins légales et dans un esprit malicieux qui constitue une faute (...).”¹⁴³

“Dat het Vlaamse Gewest thans in conclusie en pleidooien de rechtsopvolging blijft betwisten en aldus de afhandeling van procedures onnodig vertraagt en complex maakt (...), getuigt van misbruik van procesrecht.”¹⁴⁴

De Antwerpse Rechtbank beslist in een zaak over een schuld waarover partijen een afbetalingsregeling hadden getroffen, op basis van een uitvoerig onderzoek van de feiten, dat het feit “(...) dat gedaagde niettemin bleef doorprocederen (...)” tergend is, kortom een fout (...) in de zin van artikel 1382 B.W. (...).”¹⁴⁵

In een uitspraak van de Rechtbank te Mons worden ter beoordeling van misbruik van procesrecht tegelijkertijd *détournement de pouvoir*, het evenredigheids criterium en het subsidiariteitscriterium gehanteerd om op basis van de omstandigheden van het geval tot een *faute* te concluderen.¹⁴⁶

De Rechtbank te Brussel acht in een uitspraak uit 1986 beslissend voor de vraag of er misbruik van procesrecht is of er sprake is van “(...) une faute caractérisée répondant à une intention malicieuse ou démontrant la mauvaise foi (...)”, refererend aan bovengenoemd cassatiearrest uit 1962.

De Rechtbank te Namen oordeelt in 1990 dat „Celui qui forme une demande qui n’a raisonnablement aucune chance d’aboutir engage sa responsabilité, même s’il n’est pas de mauvaise foi. La légèreté est une faute.”

102. De Belgische rechtspraak inzake misbruik van procesrecht overziend kom ik met betrekking tot de toetsingsmaatstaven tot de volgende conclusies. De criteria die worden gebruikt komen overeen met de criteria die gebruikt

141 Hof Gent 21 april 1995, *RW* 1995-96, p. 927.

142 Hof Antwerpen 1 december 1980, *RW* 1980-81, k. 1836.

143 Hof Brussel 26 februari 1964, *Pas.* 1965 II, p. 86.

144 Rb. Antwerpen 7 mei 1997, *RW* 1998-99, p. 309.

145 Rb. Antwerpen 26 november 1987, *RW* 1989-90, p. 26.

146 Rb. Mons 3 juni 1964, *JT* 1965, p. 23.

worden bij misbruik van recht in het algemeen. Niet alleen worden nogal wat criteria naast elkaar toegepast, ook worden regelmatig verschillende criteria tezamen gebruikt. Grote betekenis komt toe aan de omstandigheden van het geval. Deze worden uitgebreid onderzocht en in onderlinge samenhang gewaardeerd. In sommige gevallen, zoals het hierboven geciteerde vonnis van de Rechtbank Antwerpen uit 1997, wordt op basis van waardering van de feiten rechtstreeks beoordeeld of er sprake is van misbruik van procesrecht, zonder (expliciete) toepassing van een van de gebruikelijke criteria.

3.2.5 Duitsland

103. In Duitsland kent de misbruikbepaling van § 226 BGB de *animus nocendi* als enige criterium. Aan de bewijslast die de Duitse variant op dit criterium meebrengt, is nauwelijks te voldoen. Vereist wordt namelijk dat het litigieuze handelen “(...) nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.” Het gevolg hiervan is dat deze bepaling nauwelijks toepassing vindt.¹⁴⁷ De behoefte aan correctie en grensbepaling, die aldus blijft bestaan, wordt onder meer bevredigd door toepassing van § 242 BGB inzake *Treu und Glauben*.¹⁴⁸

3.2.6 Nederland

3.2.6.1 Misbruik van procesrecht in de Nederlandse literatuur

104. In tegenstelling tot met name Frankrijk is de strijd der criteria in Nederland nooit echt losgebarsten. De schrijvers hebben zich beperkt tot enkele schermutselingen, om daarna tamelijk eensgezind verschillende criteria naast elkaar te aanvaarden. De belangrijkste meningsverschillen bevinden zich op het niveau van de onderlinge verhouding tussen de verschillende criteria en hun toepassingsgebieden.

Het eerste werk van betekenis op het terrein van misbruik van recht is in Nederland gedaan door Boll. In zijn Utrechtse dissertatie uit 1913 stelt hij, kennelijk beïnvloed door Josserand, ter toetsing van misbruik van recht de regel voor “(...) dat de aanwending van een recht alleen dan geoorloofd is, wanneer er een belang wordt nagestreefd, dat overeenkomstig het doel van het recht is.”¹⁴⁹ Boll benadrukt dat zijns inziens de wetgever niet verder kan

147 Rodenburg 1985, nr. 39; Medicus 2002, § 15, Rn. 130; Larenz/Wolf 1997, § 16, Rn. 20-21; Palandt/Heinrichs 2003, § 226. Zie voor een zeldzaam geval OLG Frankfurt, NJW 1979, p. 1613.

148 Hess 1999, p. 153.

149 Boll 1913, p. 103.

gaan dan een dergelijke algemene regel, omdat het bij de vraag naar misbruik van recht steeds zal gaan om de waardering van de omstandigheden van het geval.

Acht jaar later verschijnt de Amsterdamse dissertatie van Wijnstroom. Zijn uitgangspunt is, dat "(...) misbruik van recht bestaat, waar een recht wordt uitgeoefend onder afkeurenswaardige bedoelingen."¹⁵⁰ Hij onderscheidt daarbij de rechtsuitoefening met het doel een ander te benadelen, de rechtsuitoefening zonder belang, de onevenredigheid tussen de betrokken belangen en de uitoefening van een recht in dienst van een ander doel, dan waartoe het is gegeven.

Scheltema toont zich in 1935 een voorstander van het criterium gemis aan redelijk belang, dat zijns inziens de benadelingsbedoeling mede omvat. Hij verwerpt het doelcriterium: "Het (...) schijnt ons ongewenst en onduidelijk; het leidt ook tot cirkelredeneringen."¹⁵¹

Meijers noemt in 1937 drie criteria naast elkaar, die uiteindelijk ook hun weg naar het wetsontwerp zouden vinden: het doelcriterium, de bedoeling te benadelen en de te grote onevenredigheid tussen het gediende en het geschade belang.¹⁵² Meijers, die als eerste wat uitgebreider op misbruik van procesrecht ingaat, merkt op dat processuele bevoegdheden doelgebonden zijn en misbruik ervan kan worden vastgesteld aan de hand van het doelcriterium.¹⁵³

105. R.J. Polak onderscheidt in zijn bijdrage over misbruik van procesrecht tussen het recht te procederen (het instellen van een eis of het voeren van verweer) en het tijdens een procedure gebruik maken van de door het procesrecht aan partijen toegekende bevoegdheden. Het gebruik van het recht te procederen moet zijns inziens getoetst worden aan de hand van de vraag of de handelende een redelijk belang heeft. Dit ontbreekt bijvoorbeeld bij evidente ongegrondheid van eis of verweer, bij nodeloosheid van de actie of in geval van kwade trouw.¹⁵⁴ Het gebruik tijdens het proces van door het procesrecht toegekende bevoegdheden wil R.J. Polak getoetst zien aan een strenge betamelijkheidsnorm:

"binnen deze geheiligde sfeer dienen (...) strengere normen van betamelijkheid te gelden dan die, welke in het maatschappelijke verkeer gesteld moeten worden."¹⁵⁵

150 Wijnstroom 1921, p. 152.

151 Scheltema 1935, p. 331.

152 Meijers 1937, p. 72 en 74.

153 Meijers 1937, p. 72.

154 In zijn proefschrift stelt R.J. Polak dat gebrek aan belang en het doel te schaden in elkaar liggen besloten. R.J. Polak 1949, p. 126.

155 R.J. Polak 1941, p. 790-792.

Het bevrijdingsjaar 1945 was een rijk jaar voor de Nederlandse dogmatiek op het gebied van misbruik van bevoegdheid. Twee proefschriften zagen het daglicht. Helmich noemt op basis van jurisprudentie-onderzoek als criteria voor misbruik van procesrecht "(...) 1. het gemis aan eenig persoonlijk, actueel belang; 2. de ongeoorloofde strekking ofwel de aanwezigheid van een onrechtmatig belang." Hij voegt daaraan toe dat de subjectieve bedoeling van de handelende een rol speelt binnen de toepassing van de genoemde criteria.¹⁵⁶

Okma stelt de vraag naar misbruik van procesrecht op een lijn met "(...) wat een behoorlijk gedingvoerende onder bepaalde omstandigheden heeft te doen of na te laten, ongeacht de quaestie, of hij in principe "gelijk" heeft of niet." Vervolgens onderscheidt hij in dit kader twee typen rechtsmisbruik. Ten eerste noemt hij het proces dat geen ander doel heeft dan de wederpartij onaangenaam te zijn. Dit type misbruik van procesrecht sluit aan bij het criterium van de benadelingsbedoeling. Als tweede en zijns inziens belangrijkste onderscheidt Okma het procederen zonder redelijk belang. Bij de uitwerking van deze tweede categorie stelt hij voorop dat het procederen een middel is tot een doel: het verkrijgen van een gunstige uitspraak en het executeren daarvan. Een proces dat niet tot dit doel kan leiden, dient geen redelijk belang en het voeren daarvan vormt misbruik van procesrecht. Het belangcriterium acht hij ook geschikt om het gebruik van bevoegdheden tijdens het proces te toetsen.¹⁵⁷

Haardt plaatst in zijn inaugurele rede het misbruik van procesrecht in de sleutel van de onrechtmatige daad. Hij stelt zich de retorische vraag, waarom de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders personen of goed, ook niet bij het voeren van proces vereist zou zijn.¹⁵⁸ Haardt is overigens van mening dat deze norm als maatstaf voor procesgedrag in een aantal gevallen buiten de misbruikfiguur om toegepast kan worden.¹⁵⁹

In 1959 verschijnen twee preadviezen voor de Nederlandse Orde van Advocaten onder de titel: "Gebruik en misbruik van procesrecht." Gerbrandy maakt in zijn preadvies een onderscheid tussen het instellen van een vordering of het voeren van verweer enerzijds en het aanwenden van rechtsmiddelen anderzijds. Bij het instellen van een vordering of het voeren van verweer is zijns inziens sprake van misbruik van procesrecht, indien dit geschiedt "(...) zonder dat eiser resp. gedaagde daarbij enig redelijk belang heeft en uitsluitend om de wederpartij nadeel te berokkenen."¹⁶⁰ Van misbruik van een rechtsmiddel is volgens Gerbrandy sprake wanneer het wordt aangewend "(...) tot

¹⁵⁶ Helmich 1945, p. 169-171.

¹⁵⁷ Okma 1945, p. 124-133.

¹⁵⁸ Haardt 1958, p. 12.

¹⁵⁹ Haardt 1958, p. 14.

¹⁶⁰ Gerbrandy 1959, p. 377.

een doel waartoe het niet gegeven is.”¹⁶¹ De Cocq voert in zijn preadvies misbruik van procesrecht terug op het “(...) gebruik van het processuele recht tot een ander doel dan waarvoor het is gegeven (...)”.¹⁶² Criteria als het ontbreken van redelijk belang acht hij in het verband van het burgerlijk proces minder juist.¹⁶³

Ten Kate is met betrekking tot procesgedrag van mening dat “(...) het enige vereiste, dat men kan stellen, is, dat de procespartij op behoorlijke wijze van de toelaatbare middelen gebruik maakt.”¹⁶⁴

106. Abas gaat in zijn proefschrift over de beperkende werking van (wat nu wordt genoemd) de redelijkheid en billijkheid ook in op de vraagstukken van misbruik van bevoegdheid en misbruik van procesrecht. Van misbruik van recht is zijns inziens sprake “(...) telkens wanneer de wederpartij van de drager van het recht, in geval het recht zou worden uitgeoefend zoals het verleend is, een gegronde reden kan aanvoeren om in rechte op te komen tegen zulk een uitoefening.”¹⁶⁵ Wanneer dit het geval is, moet beoordeeld worden aan de hand van de concrete omstandigheden met behulp van het evenredigheids-criterium.

Met betrekking tot misbruik van procesrecht gaat Abas uit van de stelling, “(...) dat de verhouding tussen (aanstaande) procespartijen wordt beheerst door de *billijkheid*.”¹⁶⁶ Hij acht het leerstuk van misbruik van recht in het procesrecht onbruikbaar, omdat zijns inziens aan een belangenafweging bij het uitoefenen van processuele rechten niet kan worden toegekomen.¹⁶⁷ Hij poneert echter als algemene maatstaf dat processuele rechten kunnen worden beperkt, “(...) telkens wanneer de wederpartij in het geval het recht zou worden uitgeoefend zoals het verleend is, een gegronde reden kan aanvoeren om zich tegen een bepaald soort uitoefening te verzetten.”¹⁶⁸ Deze algemene maatstaf lijkt, in weerwil van Abas’ stelling dat zijn opvatting van misbruik van recht in het procesrecht onbruikbaar is, als twee druppels water op zijn hierboven geciteerde maatstaf voor misbruik van recht.

Abas werkt zijn maatstaf voor misbruik van procesrecht nog nader uit, waarbij hij in navolging van R.J. Polak onderscheid maakt tussen twee groepen gevallen.

Het aanspannen van een geding of het voeren van verweer acht Abas in strijd met de billijkheid wanneer dit geschiedt “(...) zonder de bedoeling te

161 Gerbrandy 1959, p. 377.

162 De Cocq 1959, p. 390.

163 De Cocq 1959, p. 394.

164 Ten Kate 1962, p. 205.

165 Abas 1972, p. 61.

166 Abas 1972, p. 331.

167 Abas 1972, p. 332.

168 Abas 1972, p. 333.

hebben de rechter over het geschil te laten beslissen.”¹⁶⁹ Hij stelt in dit verband de laakbaarheid van het handelen van de actor tegenover het nadeel van diens wederpartij. Hiermee past Abas mijns inziens in feite de door hem in het procesrecht onbruikbaar geachte belangenafweging als criterium toe.

Het gebruik van bevoegdheden gedurende het proces wil Abas getoetst zien aan de beginselen van een goede procesorde en de vraag of het middel “(...) wordt aangewend voor een ander doel dan waarvoor het is gegeven ofwel zonder doel.”¹⁷⁰ Voorzover dit criterium uitgaat van het doel van de betrokken bevoegdheid sluit het naadloos aan bij de conventionele opvattingen over misbruik van bevoegdheid. Op de verhouding tussen misbruik van procesrecht en de beginselen van een goede procesorde zal ik ingaan in § 4.2.3.4. Naar mijn mening geeft reeds het bovenstaande aanleiding voor de gedachte dat Abas ondanks zijn bewering van het tegendeel met de door hem aangelegde criteria voor misbruik van procesrecht in feite weinig afstand neemt van de algemene leer omtrent misbruik van bevoegdheid.

107. Zonderland is zeer kritisch over het concept misbruik van procesrecht. In gevallen waarin doorgaans van misbruik van procesrecht wordt gesproken, acht hij deze denkwijze onjuist en overbodig en is hij van mening dat het in feite gaat om de afwezigheid van een recht.¹⁷¹ Dit alles valt te verklaren vanuit Zonderlands afwijzende opvattingen over misbruik van recht.¹⁷²

Rodenburg geeft in navolging van de parlementaire geschiedenis aan dat de bijzondere aard van processuele bevoegdheden tot gevolg kan hebben dat voor misbruik daarvan afwijkende maatstaven worden gebruikt. Dit hangt samen met het feit dat bij de uitoefening van deze bevoegdheden bijzondere belangen zijn betrokken, zoals het belang van een behoorlijke rechtspleging.¹⁷³ Zijns inziens hebben de eigen waarborgen van de processuele regels en de toepassing van de beginselen van een goede procesorde ten gevolge dat het leerstuk misbruik van bevoegdheid in het procesrecht een klein toepassingsgebied heeft. Hij laat zien dat in de rechtspraak de conventionele criteria voor misbruik van recht ook op processuele bevoegdheden worden toegepast.¹⁷⁴

Heemskerk zit op ongeveer dezelfde lijn als Rodenburg met betrekking tot de betekenis van misbruik van procesrecht. Hij noemt de functie van de figuur “(...) een uiterst marginale (...), omdat het procesrecht zelf reeds waarborgen bevat tegen een ongerechtvaardigd gebruik van processuele bevoegdheden.”¹⁷⁵ Wat betreft de criteria sluit Heemskerk aan bij art. 3:13 BW: “Alle

169 Abas 1972, p. 333.

170 Abas 1972, p. 334.

171 Zonderland 1977, p. 57-61.

172 Zie Zonderland 1975, p. 105-125.

173 Rodenburg 1985, nr. 25. Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049-1050 (MvT Inv).

174 Rodenburg 1985, nr. 26.

175 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 7.

daar gegeven criteria kunnen ook dienen ter vaststelling van misbruik van processuele bevoegdheden (zie de schakelbepaling art. 3:15 BW).¹⁷⁶

Ook Snijders, Ynzonides en Meijer zoeken wat betreft de criteria voor misbruik van processuele bevoegdheden aansluiting bij art. 3:13 BW.¹⁷⁷ Wat betreft de betekenis van de figuur zitten zij echter op een geheel andere lijn dan Rodenburg en Heemskerk. Zij menen dat in de leemte die bestaat door het ontbreken van specifieke gedragsnormen voor procespartijen door de rechtspraak is voorzien "(...) door op een belangwekkende wijze toepassing te geven aan het algemene leerstuk van misbruik van recht (...)".¹⁷⁸

Samenvattend kan worden gezegd dat men er in de literatuur de laatste jaren toe neigt de criteria voor misbruik van procesrecht te ontlelen aan de algemene misbruikcriteria van art. 3:13 lid 2 BW, welke ook reeds in de oudere literatuur een hoofdrol spelen. De inschatting van de betekenis van de misbruikfiguur voor het procesrecht loopt sterk uiteen.

3.2.6.2 De wettelijke criteria van art. 3:13 lid 2 BW

108. In het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek is steeds sprake geweest van een bepaling over misbruik van bevoegdheid. In eerste instantie zou deze als art. 8 een plaats vinden in de Inleidende Titel. Nadat van de Inleidende Titel was afgezien, werd de bepaling overgebracht naar titel 3.1 en uiteindelijk ingevoerd als art. 3:13 BW.

In het tweede lid van het artikel worden drie criteria genoemd aan de hand waarvan kan worden getoetst of er in een bepaald geval sprake is van misbruik van bevoegdheid. De woorden "onder meer" die aan de genoemde criteria voorafgaan, expliciteren dat de opsomming van criteria enuntiatief is bedoeld. In het oorspronkelijke onderwerp ontbraken deze woorden en ging het om een limitatieve opsomming.¹⁷⁹ Met deze wijziging is beoogd de mogelijkheid van de toepassing van andere criteria en verdere ontwikkelingen open te laten. Met name wordt de mogelijkheid genoemd van het ontwikkelen van 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."¹⁸⁰ De toepasbaarheid van art. 3:13 BW binnen het procesrecht volgt uit art. 3:15 BW (zie § 3.1.3).

De in art. 3:13 lid 2 BW gecodificeerde criteria sluiten aan bij de heersende opvattingen in de literatuur (zie § 3.2.6.1) en bij de toepassing die het leerstuk

176 Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 7.

177 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 59.

178 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 30.

179 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1048-1049 (MvT Inv). Vgl. het OM met de uiteindelijk ingevoerde Tekst 1980 op p. 1037.

180 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049-1050 (MvT Inv).

in de jurisprudentie reeds heeft gekregen (zie § 3.2.6.3). Andersom hebben literatuur en jurisprudentie zich na publicatie van het ontwerp in de loop van de tijd meer en meer bij criteria uit de ontwerp-bepaling aangesloten.

109. Het eerste in art. 3:13 lid 2 BW genoemde criterium (“[e]en bevoegdheid kan (...) worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden (...)”) is het meest klassieke¹⁸¹ maar ook het meest enge. Voorop staat de afkeurenswaardigheid van de bedoelingen van de actor (*animus nocendi*).

Het tweede criterium van art. 3:13 lid 2 BW bepaalt dat een bevoegdheid kan worden misbruikt door haar uit te oefenen “(...) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend (...)”. De opvatting van Josserand, dat elke bevoegdheid doelgebonden is, is in Nederland niet aanvaard.¹⁸² Art. 3:13 BW gaat uit van de gedachte dat “(...) in het burgerlijk recht niet iedere bevoegdheid voor een bepaald doel is gegeven.”¹⁸³ Aldus wordt onderscheiden tussen doelgebonden en niet-doelgebonden bevoegdheden. Hierboven (zie § 3.2.2) werd reeds geconstateerd dat processuele bevoegdheden in de regel doelgebonden zijn. Bovendien “(...) kan wel de wetgever bij het geven van een bevoegdheid een bepaald doel hebben voor ogen gestaan, zonder dat nochtans behoeft aangenomen te worden, dat de wet de bevoegdheid uitsluitend voor dat doel heeft verleend.”¹⁸⁴

Het derde door art. 3:13 lid 2 BW genoemde misbruikcriterium bepaalt dat een bevoegdheid kan worden misbruikt door haar uit te oefenen

“(...) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.”

In het onevenredigheids criterium wordt de relativiteit van bevoegdheden in de verhouding tot de ander ten volle erkend. “Het ontwerp (...) wil”, aldus de Toelichting-Meijers, “daarmede uitdrukking geven aan 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.”¹⁸⁵ Bij het onevenredigheids criterium ligt de nadruk op “Het mede laten wegen van de ernst der schade, die men aan belangen van anderen

181 Vgl. Gambaro 1995, p. 561-570; Eggens 1941, p. 71-75; Meijers 1937, p. 68-69 en 71.

182 Zie P. Scholten 1936; Meijers 1937, p. 73; Rodenburg 1985, nr. 13. Ook in Frankrijk is zij, naast bijval, op kritiek gestuit. Zie voor een overzicht Ghestin & Goubeaux 1994, nr. 786-789 met nadere verwijzingen. Voor België geldt min of meer hetzelfde. Zie Van Gerven 1980, p. 64.

183 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038 (TM).

184 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1038 (TM).

185 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039 (TM).

toebrengt bij het dienen van een overigens gerechtvaardigd eigenbelang (...)."¹⁸⁶

Onvoldoende voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid op grond van dit laatste criterium is dat het belang van de handelende bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid kleiner is dan dat van zijn wederpartij bij het achterwege blijven daarvan. De betrokken belangen kunnen niet 'mechanisch' worden afgewogen.¹⁸⁷ Voor een geslaagd beroep op misbruik is een onevenredige verhouding tussen de betrokken belangen vereist. Omgekeerd is het logischerwijs wel zo dat het zwaarder zijn van het belang van de drager van de bevoegdheid bij uitoefening ervan dan het belang van de wederpartij bij het achterwege blijven daarvan, voldoende is om een beroep op misbruik af te wijzen.¹⁸⁸

3.2.6.3 Misbruik van processuele bevoegdheden in de Nederlandse jurisprudentie

110. In deze paragraaf zal ik een overzicht geven van de in de rechtspraak van de Hoge Raad gehanteerde criteria met betrekking tot misbruik van processuele bevoegdheden. Om een helder beeld te kunnen schetsen zal ik enkele van de belangrijkste arresten over misbruik van bevoegdheid in het algemeen bij de behandeling betrekken. De lagere rechtspraak wijkt op het punt van de criteria niet wezenlijk af van de Hoge Raad. Daarom komt deze pas aan de orde bij de bespreking van de verschillende groepen gevallen in § 3.3.

In de Nederlandse rechtspraak wordt het criterium van de benadelingsbedoeling zelden gebruikt bij het bepalen van de concrete grenzen van een processuele bevoegdheid. Het belangrijkste voorbeeld wordt gevormd door een uitspraak van de Hoge Raad uit 1959, waarin wordt overwogen

"(...) dat dit gebruik van het rechtsmiddel van hoger beroep, dat opzettelijk eerst in de laatste ogenblikken van den beroepstermijn is ingesteld met geen ander doel dan om zonder enig in redelijkheid te respecteren belang van den man de niet-ontvankelijkheid van de vrouw in haar eis in conventie te bewerken, terecht door het Hof als een ongeoorloofde wijze van procederen is gewraakt (...)."¹⁸⁹

De benadelingsbedoeling wordt hier gecombineerd met het ontbreken van redelijk belang. Op deze wijze ecarteert de rechter de bewijsproblematiek die met het criterium van de benadelingsbedoeling is verbonden. Deze werkwijze is bekend uit het arrest over de Berg-en-Dalse watertoren.¹⁹⁰

¹⁸⁶ *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039 (TM).

¹⁸⁷ *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039 (TM).

¹⁸⁸ Zie bijv. HR 12 maart 1999 (W./M.), NJ 1999, 400.

¹⁸⁹ HR 26 juni 1959 (X./Y.), NJ 1961, 553 m.nt. DJV. Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 20 november 1958, NJ 1959, 408.

¹⁹⁰ HR 2 april 1937 (*Van Stolk/Van der Goes*), NJ 1937, 639 m.nt. PS.

111. In het arrest *Carp/Filature* uit 1928, dat mede aan de basis van de ontwikkeling van het misbruikleerstuk in de Nederlandse rechtspraak staat, overweegt de Hoge Raad dat “(...) wil er sprake zijn van (...) misbruik van recht (...), feitelijk zal moeten vaststaan, dat de betrokkene, zonder enig redelijk belang van het bij de wet toegekende recht, gebruik maakt.”¹⁹¹ Hieruit volgt dat de aanwezigheid van een redelijk belang aan de kant van de handelende in de weg staat aan het aannemen van misbruik van bevoegdheid. Meermalen is op deze grond een beroep op misbruik van procesrecht afgewezen.¹⁹² Omgekeerd zal een beroep op misbruik van processuele bevoegdheid slagen bij ontstentenis van redelijk belang aan de kant van de handelende.¹⁹³

Sterk verwant hieraan is toetsing aan de hand van de vraag of er, mede gelet op de door rechtsuitoefening te schaden belangen, een in redelijkheid te respecteren belang is bij rechtsuitoefening. Dit criterium is neergelegd in een arrest over misbruik van executiebevoegdheid uit 1984.¹⁹⁴ Populair is het niet geworden, wat wellicht samenhangt met het feit dat het niet direct aansluit op de criteria van art. 3:13 lid 2 BW.

112. Het onevenredigheids criterium wordt veel gebruikt. Door de Hoge Raad in 1970 omarmd met betrekking tot het eigendomsrecht,¹⁹⁵ is het sindsdien in een aanzienlijk aantal uitspraken toegepast op processuele bevoegdheden, zoals het verzoeken van een voorlopig getuigenverhoor,¹⁹⁶ het gebruik maken van rechtsmiddelen¹⁹⁷ en het treffen van executiemaatregelen.¹⁹⁸ De onevenredigheidsgedachte is ook terug te vinden in rechterlijke formuleringen die minder nauw aansluiten bij de wettekst. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat door de executie van een ontruimingsvonnis “(...) mede gelet op de wederzijdse belangen van partijen (...) in zodanige mate onredelijk (...) te achten dat die (...) als misbruik van bevoegdheid moet worden aangemerkt (...)” geen blijk wordt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁹⁹ Bij het beoordelen van een beroep op het onevenredigheids criterium moet overigens in het oog

191 HR 15 juni 1928 (*Carp/Filature*), NJ 1928, p. 1604 m.nt. EMM.

192 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 14 mei 1981, NJ 1982, 414; Hof 's-Gravenhage 21 november 1985, NJ 1986, 580; HR 10 mei 1996 (*B./W.*), NJ 1997, 356 m.nt. HJS; HR 25 juni 1999 (*Credit Suisse/Slijper q.q.*), NJ 1999, 667 m.nt. PvS.

193 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 20 oktober 1977, NJ 1978, 93; Hof 's-Hertogenbosch 12 december 1990, NJ 1991, 500.

194 HR 22 april 1983 (*Ritzen en Vandeberg/Hoekstra*), NJ 1984, 145 m.nt. WHH.

195 HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), NJ 1971, 89 m.nt. PhANH.

196 HR 6 februari 1987 (*Slingerland/Gem. Amsterdam*), NJ 1988, 1 m.nt. WHH; HR 24 juni 1988 (*Van Ewijk/Staat*), NJ 1989, 121 m.nt. JBMV; HR 3 februari 1989 (*Wouters/gemeente Amsterdam*), NJ 1989, 376; HR 19 februari 1993 (*Automobielbedrijf/Pierik*), NJ 1994, 345 m.nt. HJS.

197 HR 7 oktober 1994 (*Ontvanger/Wingen*), NJ 1995, 411 m.nt. HJS; HR 15 maart 1996 (*N./R.*), NJ 1996, 408.

198 HR 21 mei 1999 (*Kerkhof en Wekking/Spoelstra*), NJ 1999, 507.

199 HR 3 oktober 1990 (*Van der Maas/Wouter*), NJ 1991, 5.

worden gehouden, dat voor het slagen ervan vereist is dat de handelende de onevenredigheid in casu kende of behoorde te kennen.²⁰⁰

In het arrest *Pita/De Windt* heeft de Hoge Raad als criterium voor misbruik van recht geformuleerd de vraag of de drager van de een bevoegdheid "(...) gezien de wederzijdse belangen naar redelijkheid (...) tot uitoefening van die bevoegdheid had kunnen komen."²⁰¹ Annotatoren Kleijn en Van Maanen²⁰² zijn van mening dat de Hoge Raad hiermee een 'ruimere' toetsing voorstaat dan volgt uit het onevenredigheids criterium. Met deze opvatting kan ik mij niet verenigen. De geciteerde overweging van de Hoge Raad wijkt slechts af van de wettekst door het niet vermelden van de term 'onevenredigheid'. Mijns inziens impliceert het oordeel dat er in redelijkheid niet aan bevoegdheidsuitoefening kan worden toegekomen in het licht van de wederzijdse belangen, dat deze belangen zich onevenredig verhouden.²⁰³

113. Hierboven (zie § 3.2.2) is aan de orde gekomen dat de meeste processuele bevoegdheden doelgebonden zijn. Dit geeft ruimte voor de toepassing van het doelcriterium ('wordt de bevoegdheid gebruikt met een ander doel dan waarvoor zij is verleend?') bij het beantwoorden van de vraag of een processuele bevoegdheid in een bepaald geval wordt misbruikt. Van deze mogelijkheid is in de jurisprudentie gebruik gemaakt, te beginnen bij twee arresten uit 1942, waarin wordt overwogen "(...) dat (...) de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken (...) den schuldeischer slechts is gegeven om daarmee zijn rechtmatige belangen te beschermen (...)." ²⁰⁴ Ook bij bijvoorbeeld de bevoegdheid om een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken²⁰⁵ en om hoger beroep in te stellen²⁰⁶ wordt de vraag of er sprake is van misbruik wel beantwoord aan de hand van het doelcriterium.

In de praktijk worden naast de hierboven behandelde criteria nog allerlei andere maatstaven gehanteerd, die wat betreft hun bewoordingen in meerdere of mindere mate aansluiten bij de wet en de hoofdlijnen in de jurisprudentie. Deze maatstaven zijn doorgaans toegesneden op een bepaald type geval. Als voorbeeld noem ik het in een herhaald kort geding naar voren brengen van stellingen die reeds in een eerder kort geding naar voren hadden kunnen worden gebracht. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat hierbij sprake is van

200 HR 21 mei 1999 (*Kerkhof en Wekking/Spoelstra*), NJ 1999, 507.

201 HR 10 augustus 1984 (*Pita/De Windt*), NJ 1985, 229 m.nt. WMK. Vgl. voor toepassing op een processuele bevoegdheid HR 20 april 1990 (*Paktank/Parisbas*), NJ 1991, 37.

202 Van Maanen 1988, p. 101-102.

203 In vergelijkbare zin Rodenburg 1985, nr. 21; zie ook H.J. Snijders 1994a, nr. 3; H.J. Snijders 2001, nr. 97.

204 HR 26 juni 1942 (*Weegwijjs/Hollandsche Electricche Spoorwegmaatschappij*), NJ 1942, 585; HR 4 september 1942 (*Twentsche Bank/Britsch Continentale Handel Maatschappij*), NJ 1942, 617. Zie ook HR 31 augustus 1976 (*AML/X.*), NJ 1977, 130.

205 HR 1 februari 1963 (*De Roos/Escomptobank*), NJ 1964, 157 m.nt. DJV; HR 4 oktober 1985 (*Withaar/Euroboek*), NJ 1986, 52.

206 HR 29 oktober 1971 (*X./Y.*), NJ 1972, 24.

misbruik “(...) wanneer deze stellingen, in weerwil van een redelijk belang van de tegenpartij dat ook daarop reeds destijds terstond zou worden beslist, in het eerste kort geding zonder redelijke grond zijn achtergehouden.”²⁰⁷

Interessant is dat in een aantal uitspraken in feite wordt voorbijgegaan aan de vraag naar een criterium aan de hand waarvan kan worden getoetst of sprake is van misbruik van bevoegdheid. De Hoge Raad geeft dan bijvoorbeeld aan dat de feitenrechter op grond van de door hem vastgestelde feiten en omstandigheden tot het oordeel heeft kunnen komen dat er (geen) sprake is van misbruik van bevoegdheid.²⁰⁸ Ook komt het voor dat de Hoge Raad voor een bepaald type geval bij wijze van voorbeeld aangeeft onder welke feiten en omstandigheden van misbruik van bevoegdheid sprake is.²⁰⁹

3.2.7 Criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheden: waardering

3.2.7.1 De benadelingsbedoeling

114. Het criterium ‘bedoeling te benadelen’ is de klassieke maatstaf voor misbruik van recht. Het maakt ook nu nog deel uit van het geldende recht van Frankrijk, België en Nederland. Men is het er in deze landen over eens dat de bedoeling te benadelen een voldoende, maar geen noodzakelijke voorwaarde is voor misbruik van recht. Andere criteria met een ruimer bereik voeren de boventoon in de jurisprudentie. Bovendien is het bewijs van de bedoeling te benadelen problematisch. Dit probleem wordt in de regel opgelost door de uitsluitende bedoeling te benadelen af te leiden uit het ontbreken van redelijk belang. Met het voortschrijden van de jaren lijkt deze werkwijze meer en meer te zijn verdrongen door rechtstreekse toepassing van de maatstaf ‘ontbreken van redelijk belang’ en andere misbruikcriteria, waardoor het criterium van de benadelingsbedoeling in de praktijk een marginale rol heeft gekregen.

Een andere moeilijkheid met dit criterium is het normatieve element, dat er in deze context in het begrip ‘benadelen’ zit. Nadeel veroorzaken voor een ander kan onder allerlei omstandigheden geoorloofd zijn. Hierop is reeds gewezen door Planiol en Ripert.²¹⁰ Concurrentie vormt een goed voorbeeld van in beginsel geoorloofd opzettelijk benadelen. Maar ook in het procederen

207 HR 8 oktober 1993 (*Dogan/Staat*), NJ 1994, 508 m.nt. HJS.

208 Zie bijv. HR 30 september 1983 (*Kuiper/Douma en Van den Berg*), NJ 1984, 183 m.nt. G; HR 30 oktober 1992 (*Zegwaard/De Baat*), NJ 1993, 4; HR 4 november 1994 (*Oerlemans/Oerlemans*), NJ 1996, 485 m.nt. WMK. Vgl. HR 19 december 1997 (*M. en X./Y.*), NJ 1998, 286; HR 11 februari 2000 (*J.D./S.*), NJ 2000, 259.

209 Zie bijv. HR 14 januari 1983 (*Schuring/Sweelinck*), NJ 1983, 267 m.nt. WHH; HR 29 november 1985 (*Kayaalp/Klomp*), NJ 1986, 276 m.nt. PAS; HR 5 november 1993 (*De Wit/Van den Berg*), NJ 1994, 154 m.nt. PAS; HR 16 december 1994 (*Kloes/Fransman*), NJ 1995, 213.

210 Planiol 1923, nr. 871; Ripert 1927, nr. 102.

zit de geoorloofdheid van het doel een ander te benadelen in zekere zin ingebakken. Waar het om gaat is te bepalen wanneer en in hoeverre het benadelen legitiem is c.q. op legitieme wijze geschiedt. Bij het beoordelen hiervan is de aanwezigheid van een rechtmatig en voldoende belang aan de kant van de actor cruciaal. Dit aspect heeft bij de toepassing van dit criterium dus een functie welke die van bewijs (zie de vorige alinea) overstijgt. Aan de bewijsfunctie gaat immers een normatief moment vooraf: is het belang 'rechtmatig' of 'voldoende'?

Voor de toetsing van een beroep op een processuele bevoegdheid wordt in de jurisprudentie, zoals hierboven reeds is gebleken, niet vaak gebruik gemaakt van de maatstaf 'bedoeling te benadelen'. Helemaal zonder betekenis is het criterium in dit verband echter niet: in gevallen van evidente kwaadwilligheid blijft het een handzaam middel om misbruik te bestrijden.

3.2.7.2 *Het doelcriterium*

115. Van een doelgebonden bevoegdheid is sprake wanneer een bevoegdheid is gegeven met het oog op de behartiging van een specifiek belang.²¹¹ Niet steeds zonder meer duidelijk is of een bepaalde bevoegdheid doelgebonden is. Met name de wetsgeschiedenis en teleologische interpretatie kunnen hier de weg wijzen. Ik wees al (zie § 3.2.6.2) op de complicatie dat een door de wetgever expliciet vermeld doel niet het enige geoorloofde doel van bevoegdheidsuitoefening hoeft te zijn.

In Frankrijk, België en Nederland wordt thans bij doelgebonden bevoegdheden, ondanks eerdere kritiek op dit criterium,²¹² de vraag of er sprake is van misbruik tevens beantwoord aan de hand van de maatstaf of er gehandeld wordt met een ander doel dan waartoe de bevoegdheid is gegeven. Deze maatstaf is in beginsel objectief van aard: van misbruik is sprake als het concrete handelen het belang, ter behartiging waarvan de betrokken bevoegdheid is gegeven, niet kan dienen. Van opzet om het ongeoorloofde doel te dienen hoeft geen sprake te zijn. De actor kan zelfs volkomen te goeder trouw handelen. Bij het beoordelen met welk doel is gehandeld, kan overigens wel betekenis toekomen aan de subjectieve bedoelingen van de actor.²¹³ Het doelcriterium fungeert niet exclusief bij het toetsen van de uitoefening van doelgebonden bevoegdheden. De overige misbruikcriteria kunnen ook bij dit type bevoegdheid worden toegepast.

211 Meijers 1937, p. 72.

212 Zie bijv. Scheltema 1935, p. 331; De Bersaques 1953, p. 286.

213 Rodenburg 1985, nr. 18.

Processuele bevoegdheden zijn in het algemeen doelgebonden (zie § 3.2.2).²¹⁴ Volgens Meijers

“(…) zijn de rechtsmiddelen als het instellen van een rechtsvordering, het gaan in hoger beroep, enz., door het recht gegeven om de rechtmatige belangen van de burgers te beschermen. Een zoodanige voor dit doel gegeven bevoegdheid kan niet willekeurig uitgeoefend worden: het doel begrenst haar gebruik.”²¹⁵

Partijen hebben processuele bevoegdheden om hun rechten te doen vaststellen, te beïnvloeden of af te dwingen.²¹⁶ Voor andere doelen mogen deze bevoegdheden niet worden gebruikt. Ongeoorloofde doelen zijn met name het louter toebrengen van schade en het louter vertragen van het proces. Eggens noemt als voorbeeld van een ongeoorloofd doel het vragen van een declaratoir “(…) ter uitsluitende bevrediging van het genoegen gelijk te krijgen van de rechter.”²¹⁷ Op dit punt zal ik nader ingaan in § 3.3.1.6.

116. Opvallend is dat ondanks de populariteit van het doelcriterium bij de auteurs, met name in relatie tot processuele bevoegdheden, deze maatstaf in de jurisprudentie op het terrein van misbruik van procesrecht in Frankrijk, België en Nederland een weinig prominente om niet te zeggen marginale rol speelt. Dit valt wellicht te verklaren uit het feit dat het doelcriterium in vergelijking met de andere criteria die in de rechtspraak worden gehanteerd, minder gemakkelijk toepasbaar is.

Problematisch bij het beoordelen van een beroep op een processuele bevoegdheid aan de hand van het doelcriterium is met name dat bevoegdheidsuitoefening in concreto meerdere doelen tegelijk kan dienen. Nog afgezien van de vraag of meteen duidelijk is of de verschillende doelen op zichzelf al dan niet geoorloofd zijn, kan zich gemakkelijk een conflict voordoen tussen een geoorloofd en een ongeoorloofd doel.²¹⁸ Zo kan het opwerpen van een bevoegdheidsincident zowel het doel hebben waartoe de bevoegdheid dit te doen is gegeven, (terecht komen bij de rechter die de wet toekent) als schade en vertraging opleveren. In dit soort gevallen kunnen we met het doelcriterium niet goed uit de voeten.²¹⁹ Uitmijken naar andere criteria voor misbruik van bevoegdheid lijkt dan noodzakelijk.

214 Zie bijv. Meijers 1937, p. 72; Van Neste 1967, p. 357; Van Gerven 1973, nr. 67; Rodenburg 1985, nr. 13; Taelman 1988, nr. 3; Blary-Clément 1991, nr. 17. Anders M.E. Storme, 1990, nr. 9. Zie voor een uitzondering HR 8 mei 1998 (*B./P.C.*), *NJ* 1998, 606.

215 Meijers 1937, p. 72.

216 Vgl. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 10.

217 A-G Eggens in zijn conclusie bij HR 30 maart 1951 (*De V./Van de H.*), *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH.

218 Vgl. de Veegens 1971.

219 Vgl. HR 4 november 1994 (*Oerlemans/Oerlemans*), *NJ* 1996, 485 m.nt. WMK.

3.2.7.3 Gebrek aan redelijk belang

117. De kwalificatie ‘redelijk’ normeert het begrip belang in twee relevante opzichten. Ten eerste opent het de mogelijkheid om bij een zeer gering belang van het ontbreken van belang te spreken. Ten tweede kan ook de aard van het belang maken dat het, hoewel wellicht groot, geen ‘redelijk belang’ is. Bij het nastreven van wellicht grote, maar nochtans ongeoorloofde of niet rechtens relevante belangen, moet een redelijk belang geacht worden te ontbreken. In dit verband worden de termen *intérêt sérieux et légitime* en ‘rechtens te respecteren belang’ gebruikt. Er valt een overlap aan te nemen tussen deze normatieve term ‘belang’ en het begrip ‘doel’ uit het doelcriterium. Aan te nemen valt dat een doel waarvoor de bevoegdheid niet is gegeven nimmer een redelijk belang vormt.

In de kwalificatie ‘redelijk’ zit ook een relatief element. Voor de redelijkheid van het belang bij de uitoefening van een bevoegdheid is de verhouding van dit belang met betrokken belangen van anderen bepalend. Wanneer uitoefening van een bevoegdheid anderen geen nadeel berokkent, wordt aan het oordeel dat sprake is van misbruik niet toegekomen.²²⁰ We ontmoeten hier de vraag naar de verhouding tussen het belangcriterium en het onevenredigheids criterium.

Meijers plaatst het criterium ‘gebrek aan redelijk belang’ geheel binnen het kader van het hierna te bespreken onevenredigheids criterium.²²¹ Vanuit systematisch oogpunt lijkt mij dit juist: bij beide criteria gaat het in wezen om een belangenafweging.²²² Mijn inziens heeft het criterium ‘gebrek aan redelijk belang’ niettemin zelfstandige praktische betekenis vanwege de invalshoek van deze maatstaf. Bij het onevenredigheids criterium staat de afweging van belangen tussen de betrokkenen centraal, met de onevenredigheid als maatstaf. Alle relevante belangen moeten worden gewaardeerd. Bij het criterium ‘gebrek aan belang’ staat daarentegen de positie van de actor centraal. Als vast is komen te staan dat deze geen redelijk belang heeft, hoeven de merites van het belang van de betrokkene niet meer ten volle in de toetsing te worden betrokken omdat er gezien het gebrek aan belang van de actor hoe dan ook sprake zal zijn van onevenredigheid.

118. Het criterium ‘gebrek aan redelijk belang’ kan mijns inziens als een toepassing van het onevenredigheids criterium met een andere invalshoek worden beschouwd: gezegd kan worden dat er *eo ipso* onevenredigheid is wanneer de drager van een bevoegdheid geen redelijk belang bij uitoefening heeft. De zelfstandige betekenis van het criterium is gelegen in die andere invalshoek. De waarde hiervan blijkt uit de regelmatige toepassing van dit

220 Vgl. Rodenburg 1985, nr. 19.

221 Meijers 1937, p. 74. Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1039 (TM).

222 Vgl. ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 916 (MvA II).

criterium in de rechtspraak. Het belang van dit criterium wordt in de parlementaire geschiedenis als een van de redenen genoemd om in art. 3:13 lid 2 BW uit te gaan van een enuntiatieve opsomming.²²³ Overigens volgt uit het bovenstaande dat mijns inziens toepassing van beide criteria niet tot verschillende resultaten leidt.²²⁴

Eerder kwam al aan de orde dat het criterium 'bedoeling te benadelen' veelal wordt gebruikt in combinatie met de afwezigheid van redelijk belang. Gebrek aan redelijk belang is een objectiverend criterium, waarvan de vervulling kan worden beschouwd als het bewijs van de subjectieve bedoeling te schaden. Aan de andere kant kunnen de subjectieve bedoelingen van de rechthebbende van betekenis zijn voor het oordeel omtrent de redelijkheid van het belang.²²⁵

3.2.7.4 Het onevenredigheids criterium

119. Het onevenredigheids criterium is opgebouwd uit een samenstel van twee 'open' maatstaven. Ten eerste de onevenredigheid van de betrokken belangen. Hiermee komt tot uitdrukking dat niet voldoende is dat het geschonden belang zwaarder weegt dan het gediende. Het criterium vereist in ieder geval disproportionaliteit: een onevenredige verhouding tussen de betrokken belangen. De vraag wanneer hiervan sprake is, moet worden beantwoord aan de hand van waardering van de omstandigheden van het geval.

De tweede maatstaf – er is sprake van misbruik indien men naar redelijkheid niet tot deze bevoegdheidsuitoefening had kunnen komen – komt strikt genomen pas aan de orde als er voldaan is aan de eis van onevenredigheid tussen de betrokken belangen. Bij deze redelijkheidstoets gaat het wederom om de waardering van de omstandigheden van het geval. De eis dat men tot de uitoefening niet "had kunnen komen" maakt duidelijk dat het niet gaat om de subjectieve waardering van de betrokken belangen, maar de wijze waarop een redelijk persoon ze zou waarderen.²²⁶

De twee in de wettekst opgenomen maatstaven kunnen dan wel op de bovenstaande wijze worden onderscheiden, toetsing aan en toepassing van het criterium zal veelal integraal geschieden.²²⁷ Waar geoordeeld wordt dat sprake is van onevenredigheid, zal op basis van hetzelfde feitencomplex het oordeel dat de actor naar redelijkheid niet tot dit handelen had kunnen komen als vanzelf volgen. In het arrest *Kuipers/De Jongh* overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de beoordeling van misbruik van bevoegdheid aan de hand

223 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049 (MvT Inv).

224 Anders Rodenburg 1985, nr. 21.

225 Vgl. Van Nispen 1978, nr. 161; Rodenburg 1985, nr. 19.

226 Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1040 (TM); Van Nispen 1978, nr. 168.

227 Zie bijv. HR 10 augustus 1984 (*Pita/De Windt*), NJ 1985, 229 m.nt. WMK.

van het onevenredigheids criterium dan ook dat daarbij “(...) alle verdere omstandigheden (...)” in aanmerking zijn te nemen.²²⁸

120. Deze overweging lijkt terug te gaan op P. Scholten, die reeds in 1918 over misbruik van recht in het algemeen schreef:

“het is de concrete billijkheid die zich handhaaft tegenover den algemeenen rechtsregel. En waar de billijkheid altijd betreft het bepaalde geval, zal bij de beoordeling met alle bijzonderheden van het geval rekening moeten worden gehouden (...).”²²⁹

Scholten noemt als voorbeelden het (niet) handelen van de betrokkene en (ontbreken van) zijn goede trouw.²³⁰ Van Nispen voegt daaraan toe de bereidheid van degene die zich op misbruik beroept tot het verlenen van financiële compensatie aan de actor.²³¹

Laatstgenoemde stelt meer in het algemeen over het onevenredigheids criterium:

“Men kiest dunkt me ook niet de juiste methode wanneer men tracht de afzonderlijke elementen van dat criterium uitputtend te omschrijven; die elementen krijgen in de casuïstiek een steeds wisselende inhoud en nadere precisering is nog slechts in relatieve zin te bereiken, namelijk met behulp van de methode van combinatie en gradatie, bijvoorbeeld: naarmate de wanverhouding groter wordt mag gedaagde iets onachtzamer zijn geweest.”²³²

Bij het onevenredigheids criterium gaat het in feite om een verwijzing naar ongeschreven recht, met dezelfde algemene gedachte als de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW: “(...) men [dient] met gerechtvaardigde belangen van anderen rekening te houden.”²³³ Hiermee is ruimte geschapen voor het formuleren van subregels en gezichtspunten voor bijzondere groepen gevallen.²³⁴

Opvallend is dat het criterium in Frankrijk vrijwel onbekend is en in België slechts mondjesmaat wordt toegepast, terwijl het in Nederland een hoge vlucht heeft genomen. Dit lijkt te verklaren met de populariteit van het foutcriterium bij onze zuiderburen. Ook dit criterium laat alle ruimte voor de omstandigheden van het geval en het formuleren van subregels.

228 HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), NJ 1971, 89 m.nt. PhANH, AA 19 (1970), p. 542-550 m.nt. H.K. Köster.

229 P. Scholten 1918, p. 515.

230 Van Nispen 1978, nr. 169 acht de term goede trouw hier minder gelukkig en wil in plaats daarvan de schuldgraad toetsen.

231 Van Nispen 1978, nr. 169.

232 Van Nispen 1978, nr. 169.

233 Meijers 1937, p. 74.

234 Vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 58 (TM); *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049 (MvT Inv); Van Nispen 1978, nr. 169; Rodenburg 1985, nr. 6 en 21.

3.2.7.5 *De subsidiariteitstoets als zelfstandige maatstaf voor misbruik van bevoegdheid?*

121. Rodenburg meent uit het onevenredigheids criterium van art. 3:13 lid 2 BW een subsidiariteitstoets als criterium voor misbruik van bevoegdheid te kunnen afleiden, inhoudende dat

“(…) de rechthebbende die bij een bepaalde wijze van bevoegdheidsuitoefening een redelijk belang heeft, niettemin misbruik van bevoegdheid maakt als hij – met hetzelfde nut voor zichzelf – bij een andere wijze van bevoegdheidsuitoefening minder schade of nadeel zou toebrengen aan de ander.”²³⁵

De mogelijkheid van een andere wijze van bevoegdheidsuitoefening kan bij toetsing aan verschillende van de hierboven besproken criteria een rol spelen. Bij het criterium onevenredigheid tussen de betrokken belangen bijvoorbeeld kan het voorhanden zijn van een ander middel dat hetzelfde voordeel oplevert en minder nadeel veroorzaakt als omstandigheid van het geval de conclusie ondersteunen dat de drager van een bevoegdheid in redelijkheid niet tot uitoefening kan komen. Overigens ben ik, anders dan Rodenburg, van mening dat in dat geval niet meer kan worden gesproken van een redelijk belang (zie § 3.2.7.3).

122. De vraag is of aan het subsidiariteitscriterium naast de genoemde functie binnen andere criteria ook een zelfstandige, verdergaande betekenis als criterium voor misbruik van bevoegdheid moet worden toegedacht. Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Een subsidiariteitsmaatsstaf waarbij alle mogelijke vormen van bevoegdheidsuitoefening tegen elkaar worden afgewogen op basis van de hoeveelheid nadeel voor anderen, vraagt in het algemeen teveel van het rechtssubject en maakt de vrije ruimte waarbinnen hij zijn bevoegdheid naar believen kan uitoefenen te eng. Aanvaarding van een dergelijk criterium zou op het rechtssubject de plicht leggen om bij al zijn handelen steeds alle betrokken belangen en mogelijke handelswijzen geheel te overzien, ze juist te waarderen en ze op de juiste wijze tegen elkaar af te wegen. Dit zou van het rechtssubject meer vragen dan van hem kan worden gevergd.

Een meer terughoudende subsidiariteitstoets, waarbij bijvoorbeeld een wanverhouding is vereist met betrekking tot de hoeveelheid schade die de verschillende voorhanden zijnde middelen zouden veroorzaken, past binnen het kader van de overige misbruikcriteria en heeft systematisch gezien geen surpluswaarde ten opzichte van de verschillende andere criteria. Wel heeft een dergelijke toets betekenis als een voor bepaalde gevallen makkelijk te hanteren subregel. Aan de parlementaire geschiedenis van art. 3:303 BW ontleen

235 Rodenburg 1985, nr. 21.

ik het voorbeeld dat iemand in plaats van het aannemen van een aangeboden betaling een vordering in rechte instelt.²³⁶ Bij de bespreking van de Belgische jurisprudentie (zie § 3.2.4.2) hierboven zijn enkele andere voorbeelden aan de orde gekomen en heb ik aangegeven hoe de door mij voorgestane terughoudendheid bij het subsidiariteitscriterium kan worden gerealiseerd.²³⁷

3.2.7.6 Het onrechtmatigheidscriterium

123. Het foutcriterium als maatstaf voor misbruik van (processuele) bevoegdheden wordt zowel in Frankrijk als in België veel gebruikt. In het hierboven gegeven overzicht van de rechtspraak (zie § 3.2.3.2 en 3.2.4.2) is voor beide landen naar voren gekomen dat er op het eerste gezicht twee lijnen in de rechtspraak zijn te ontdekken, die zich bij een nadere analyse laten verenigen. De conclusie was, kort gezegd, dat er niet zomaar aan het foutcriterium is voldaan, maar dat er hoge eisen worden gesteld aan het onderzoeken en waarden van de omstandigheden van het geval.

In Nederland is het onrechtmatigheidscriterium (voor het Nederlandse recht een betere term dan foutcriterium) niet op zichzelf als maatstaf voor misbruik van bevoegdheid geaccepteerd. Dit zou kunnen samenhangen met de wel gehuldigde opvatting dat misbruik van bevoegdheid meer is dan een bijzondere vorm van onrechtmatige daad, alsmede met het voorhanden zijn van wettelijke criteria.

In Nederland lijkt Sieburgh – kennelijk mede geïnspireerd door het Belgische recht²³⁸ – een lans te breken voor het onrechtmatigheidscriterium. Zij is van mening dat misbruik van bevoegdheid “(...) kan worden aangewend ter relativering van bevoegdheden (...)” Het leerstuk “(...) wordt dan verstaan als verkeerd gebruik van de bevoegdheid.”²³⁹ Het lijkt erop dat Sieburgh van mening is dat dit criterium verder gaat dan

“(...) de in art. 3:13 BW beschreven krasse gevallen. (...) Het belang van de benadeelde verdient aandacht, ook buiten een afweging met het belang van de rechthebbende. Indien de dader een rechtmatig belang dient dat zich niet leent voor een afweging tegen het geschade belang van een derde, kunnen er gezichtspunten zijn op grond waarvan de belangen van de derde zelfstandig bescherming verdienen.”²⁴⁰

In de gedachte dat misbruik in het algemeen ‘verkeerd gebruik’ is, kan ik mij vinden: het woord misbruik betekent immers niet meer of minder dan ‘verkeerd gebruik’. Of het onrechtmatigheidscriterium verder gaat dan het even-

236 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 915 (TM).

237 Vgl. nog Rb. Almelo 28 november 1979, *NJ* 1980, 421.

238 Sieburgh 2002, p. 97-98, nt. 13, 15 en 16.

239 Sieburgh 2002, p. 97.

240 Sieburgh 2002, p. 97-98.

redigheids criterium betwijfel ik. Naar mijn mening zouden de criteria in gevallen waarin beide voor toepassing in aanmerking komen tot dezelfde resultaten moeten leiden. Het door Sieburgh voorgestelde criterium lijkt mij eerder een overkoepelende maatstaf dan een verruiming ten opzichte van hetgeen uit art. 3:13 lid 2 BW voortvloeit. Zo opgevat heeft het criterium een functie die vergelijkbaar met die van het foutcriterium in het Franse en Belgische recht. Met name met het evenredigheids criterium kunnen vrijwel steeds dezelfde resultaten worden bereikt, maar de wijze waarop dit geschiedt zal soms dermate gedrongen aandoen, dat het onrechtmatigheids criterium de voorkeur verdient.

124. Waar het bij misbruik van bevoegdheid steeds om gaat is de begrenzing van de vrijheid van een bevoegdheid gebruik te maken. De door de bevoegdheid geschapen 'vrije ruimte' is het uitgangspunt. Hoe men zich binnen die ruimte gedraagt is aan het rechtssubject zelf. Slechts bij (dreigende) overschrijding van de grenzen van die vrijheid is met succes verzet tegen het (voorgenomen) gedrag van de actor mogelijk. Deze grenzen verschillen niet van karakter met de grenzen aan de vrijheid die voortvloeien uit hetgeen (art. 6:162 lid 2 BW) "(...) volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (...)." Ook daar is het uitgangspunt handelingsvrijheid. Ook daar gaat het bij de toetsing van gedrag om het bepalen van de uit het ongeschreven recht voortvloeiende grenzen van de vrijheid. Zo bezien vormt het begrippenpaar gebruik en misbruik van bevoegdheid een bijzondere toepassing van het begrippenpaar daad en misdaad (in de zin van onrechtmatige daad).

Ik presenteer deze gelijkheid van karakter met enige nadruk, omdat soms de indruk wordt gewekt dat toetsing in het kader van misbruik van bevoegdheid anders van karakter is dan die in het kader van de maatschappelijke betamelijkheid of redelijkheid en billijkheid.²⁴¹ In dit verband gebruikt men wel de oppositie marginale toetsing-volle toetsing.²⁴² Deze oppositie is mijns inziens voor de privaatrechtelijke toetsing aan vage normen onjuist en verwarrend. Het gaat bij deze toetsing namelijk steeds om grensbepaling om vervolgens te beoordelen of een bepaald handelen dan wel een beroep op een bevoegdheid al dan niet geoorloofd is. In die zin is deze toetsing altijd marginaal: *margo* betekent grens. Iets anders is dat de vrije ruimte van de (aspirant-)handelende al naar gelang de situatie soms ruim, soms eng voorkomt. Dit hangt niet samen met het karakter van de toetsing, maar met hoe de grenzen aan de vrijheid in een bepaald geval zijn getrokken.²⁴³

241 Bijv. Köster 1970, p. 546; Van Gerven 1983; Kleijn 1985, nr. 3; Davids 1999, nr. 5.

242 Zo bijv. W.C.L. van der Grinten 1969, p. 109. Vgl. Ronse 1977, p. 207-222; M. Storme 1986, nr. 34. Vgl. Wiarda/Koopmans 1999, p. 93-106.

243 In deze zin ook Schoordijk 1986, p. 25-34. Vgl. Ph.A.N. Houwing 1971.

3.2.8 Criteria voor misbruik van (processuele) bevoegdheden: conclusie

125. Het wordt tijd om enige conclusies te trekken over de toetsing van de toelaatbaarheid van bevoegdheidsuitoefening aan de hand van het misbruik-leerstuk.

In Frankrijk, België en Nederland worden, zo is gebleken, verschillende criteria naast elkaar gebruikt. De keuze lijkt te worden gemaakt op basis van de invalshoek die voor de voorliggende casus het meest bruikbaar lijkt. De algemene criteria laten zich naar keuze voor bepaalde typen gevallen inzetten. Deze keuzemogelijkheid met betrekking tot de misbruikcriteria laat zich vergelijken met de alternatieve onrechtmatigheidscriteria van art. 6:162 lid 2 BW, met dien verstande dat de wettelijke opsomming van laatstgenoemd artikel wel limitatief is. Zowel bij misbruik van bevoegdheid als onrechtmatige daad staan de criteria niet zozeer tegenover elkaar als dat ze een andere invalshoek en nadruk kennen. Doordat de criteria alle een of meerdere normatieve elementen bevatten ('voldoende', 'redelijk', 'onevenredig', 'doel', 'bedoeling', 'onzorgvuldig'), zijn ze elastisch en zullen de door de verschillende criteria gestelde grenzen de neiging hebben te convergeren.

Ook komt het in de rechtspraak van Frankrijk, België en Nederland regelmatig voor dat zonder gebruik te maken van een van de criteria rechtstreeks op basis van de feiten wordt beoordeeld of er sprake is van misbruik van bevoegdheid. Aan de omstandigheden van het geval komt steeds beslissende betekenis toe. Aan de explicitering ervan wordt in dit kader dan ook hoge eisen gesteld. Regelmatig oordelen de respectieve cassatierechters dat onvoldoende is gesteld of gebleken om te kunnen oordelen dat sprake is van misbruik van bevoegdheid.²⁴⁴

Het algemene beeld bij de toetsing in het kader van misbruik van bevoegdheid is dat de omstandigheden van het geval, meer dan de keuze tussen de criteria, centraal staan. Per soort geval zijn de typische omstandigheden van centrale betekenis en deze zijn in de praktijk richtinggevend voor de keuze van het toe te passen criterium. Dit hangt samen met het open karakter van de verschillende criteria, dat alle ruimte laat voor deze werkwijze.

3.3 GEVALLEN VAN MISBRUIK VAN PROCESSUELE BEVOEGDHEDEN

3.3.1 Het instellen van een vordering

3.3.1.1 Afbakening en terminologie

126. Van de bevoegdheid een vordering of eis in rechte in te stellen moet worden onderscheiden de bevoegdheid een bestaand burgerlijk recht in rechte

244 Zie bijv. Civ. II 29 januari 1986, *JCP* 1986 IV, 94; Civ. I 22 april 1986, *JCP* 1986 IV, 183; Cass. 10 maart 1983, *RW* 1983-84, k. 1234; HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 259.

af te dwingen. Door dit onderscheid, ontwikkeld in de Franse en Duitse dogmatiek,²⁴⁵ maakt men zich los van de gedachte dat het recht te procederen afhankelijk is van het bestaan van burgerlijke rechten, terwijl ten processe juist de pretentie van dit bestaan centraal staat en vaak nog valt te bezien in hoe-verre deze kan worden waargemaakt.

Verwarrend genoeg duidt het Burgerlijk Wetboek de hierboven onderscheiden bevoegdheden beide aan met de term 'rechtsvordering' (zie art. 3:303 respectievelijk 304 BW), terwijl in de literatuur de term vorderingsrecht ook wel voor beide wordt gebruikt. De verwarring wordt nog groter doordat de term rechtsvordering ook wordt gebruikt voor de uitoefening van het recht een eis in te stellen.²⁴⁶

Bij de bevoegdheid een recht in rechte af te dwingen gaat het in feite om een kenmerk van een bestaand burgerlijk recht, namelijk de afdwingbaarheid ervan.²⁴⁷ Het uitgangspunt van de wet is dat elk burgerlijk recht dit kenmerk heeft (art. 3:296 lid 1 BW). Het ontbreekt bij natuurlijke verbintenissen en na bevrijdende verjaring. Een vorderingsrecht in deze zin kan niet bestaan los van een burgerlijk recht (art. 3:304 BW).

Vorderingsrecht in de zin van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen bestaat slechts afhankelijk van de erin vervatte pretentie: het doel ervan is juist uitsluitend te kunnen krijgen over, kort gezegd, de vraag of een burgerlijk recht bestaat.²⁴⁸ Zijn uitoefening geschiedt door het instellen van een eis.²⁴⁹ Motulsky definieert het vorderingsrecht (l'action) in deze zin aldus: "*la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise.*"²⁵⁰ Deze definitie heeft haar uitwerking op de Franse wetgever niet gemist, getuige art. 30 NCPC: "*L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.*" In deze bepaling wordt ook expliciet gemaakt dat het vorderingsrecht een recht is, waarmee zijn onafhankelijkheid van de juistheid van de erin vervatte pretentie wordt benadrukt. Ook op dit punt doet zich de invloed van Motulsky, die meent dat het recht een vordering in te stellen een *droit subjectif*²⁵¹ is, gevoelen.²⁵²

245 Zie bijv. Degenkolb 1877, p. 11-14, 32 en 79-80; Wach 1879, p. 541-542; Motulsky 1964, p. 220-227.

246 Over deze terminologie en de verwarring daarover in verschillende zin Star Busmann 1955, nr. 141-147; Rutten 1956, p. 500-502; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 141-147; Heemskerk 1974; H.J. Snijders 1992b, p. 17-30; M.E. Storme 1992a, p. 253-271; W. Snijders 1994, nr. 4.

247 Wach 1879, p. 542; Star Busmann 1955, nr. 144; W. Snijders 1994, nr. 5.

248 Zie over dit onderscheid bijv. R.J. Polak 1941, p. 791; Okma 1945, nr. 82; Beekhuis 1964; Van Nispen 1978, nr. 160; W. Snijders 1994, nr. 5. Vgl. Civ. I 22 oktober 1958, *GP* 1959 II, p. 6, waarover Mazeaud & Mazeaud 1959, p. 95 en Hébraud & Raynaud 1959, p. 143-144.

249 Motulsky 1964, p. 223.

250 Motulsky 1964, p. 223.

251 Motulsky 1964, p. 226.

252 Wiederkehr 1981, p. 949.

Zowel de bevoegdheid een bestaand recht af te dwingen als de bevoegdheid een eis in te stellen kan worden misbruikt. Het klassieke voorbeeld van misbruik van de bevoegdheid een burgerlijk recht af te dwingen vormt het instellen van een vordering tot amotie van een in zeer geringe mate grensoverschrijdend bouwwerk.²⁵³ Het afwijzen van een dergelijke vordering op grond van misbruik van (vorderings)recht impliceert nog geen misbruik van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen.²⁵⁴ Samenloop is overigens denkbaar.²⁵⁵

3.3.1.2 De begrenzing van het recht een vordering in te stellen en art. 6 lid 1 EVRM

127. Onder de vigore van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden vormt het recht op toegang tot de rechter een zelfstandig recht dat in beginsel toekomt aan een ieder.²⁵⁶ Dit betekent echter niet dat dit recht niet aan beperkingen kan worden onderworpen.²⁵⁷ Het nationale recht mag in zekere mate een regulering en beperking van het recht op toegang tot de rechter inhouden. De verdragssluitende staten hebben wat dit betreft een zekere beoordelingsvrijheid ('margin of appreciation').²⁵⁸ De essentie van het recht op toegang moet echter onaangetaast blijven: de uit het nationale recht voortvloeiende beperkingen moeten een legitiem doel dienen en in een proportionele verhouding staan tot dat doel.²⁵⁹

De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft meerdere malen overwogen dat de 'proper administration of justice' in dit verband een legitiem doel is.²⁶⁰ Uit diverse beslissingen van dit college blijkt ook dat zij een proportionele preventie en repressie van misbruik van het recht op toegang van overheidswege door middel van bijvoorbeeld administratiefrechtelijke boetes niet in strijd acht met art. 6 lid 1 EVRM.²⁶¹ Naar mijn mening mag hieruit worden afgeleid dat beperking van het recht op toegang op grond van werking van het misbruikleerstuk in de verhouding tussen partijen niet in strijd is met art. 6 lid 1 EVRM.

253 HR 17 april 1970 (*Kuipers/De Jongh*), NJ 1971, 89 m.nt. PhANH; Cass. 10 september 1971, RW 1971-72, k. 321.

254 Zie bijv. R.J. Polak 1941, p. 791.

255 Vgl. R.J. Polak 1941, p. 791; Okma 1945, nr. 88; Rb. Zutphen 20 januari 1955, NJ 1956, 475.

256 EHRM 21 februari 1975 (*Golder/Groot-Brittannië*), NJ 1975, 462 m.nt. EAA, § 36. Vgl. bijv. Taelman 1988, p. 90.

257 EHRM 21 februari 1975 (*Golder/Groot-Brittannië*), NJ 1975, 462 m.nt. EAA, § 38.

258 EHRM 28 mei 1985 (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*), NJ 1991, 623 m.nt. EAA, § 57.

259 EHRM 28 mei 1985 (*Ashingdane/Verenigd Koninkrijk*), NJ 1991, 623 m.nt. EAA, § 57. Zie Knigge 1998, p. 15; Heringa (*EVRM T&C*), § 3.6.1.3-7.

260 Zie bijv. ECRM 8 oktober 1976, zaak 6916/75 (*X, Y en Z/Zwitserland*), D&R 6, p. 112. Zie ook Smits 1996, p. 34 en Knigge 1998, p. 15.

261 Zie bijv. ECRM 2 december 1985, zaak 11559/85 (*H./Verenigd Koninkrijk*) met betrekking tot preventieve maatregelen en de uitspraken aangehaald door Peukert 1996, Artikel 6, Rn. 63, nt. 306 met betrekking tot administratiefrechtelijke boetes.

3.3.1.3 Degene die een vordering instelt handelt in beginsel bevoegd

128. Uit art. 6 lid 1 EVRM volgt het beginsel dat degene die een rechtsvordering instelt in beginsel bevoegd handelt,²⁶² onafhankelijk van de vraag of het gepretendeerde recht eiser daadwerkelijk toekomt (zie ook art. 30 NCPC).²⁶³ Van misbruik van de bevoegdheid een vordering in te stellen is slechts in bijzondere gevallen sprake.²⁶⁴ Bij het oordeel hieromtrent staat de spanning tussen de vrijheid om naar de rechter te gaan en de bescherming tegen onnodig procederen centraal.²⁶⁵

De vrijheid te ageren is uitgangspunt, de overschrijding van de grenzen van dit recht uitzondering.²⁶⁶ De bescherming van (de vrijheid van) degene aan wie het ageren schade berokkent, vormt de legitimatie van het bestaan van deze grenzen en het preventief dan wel repressief optreden tegen overschrijding ervan.²⁶⁷ Het enkele feit dat het ageren een ander nadeel berokkent, is echter bij lange na geen voldoende voorwaarde voor het begrenzen van het recht een vordering in te stellen.²⁶⁸ Ageren is niet denkbaar zonder nadeel voor anderen. Ook hier geldt het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt.²⁶⁹

3.3.1.4 De betekenis van de uitkomst van het geding

129. De zelfstandigheid van de bevoegdheid om een vordering in rechte in te stellen (art. 6 lid 1 EVRM) brengt mee dat beantwoording van de vraag of van deze bevoegdheid misbruik wordt gemaakt in principe onafhankelijk is van de uitkomst van de procedure. Uit de onafhankelijkheid van het bestaan van een recht en de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen volgt dat het enkele feit dat een eis wordt afgewezen, onvoldoende is om te kunnen concluderen dat het instellen ervan onrechtmatig was wegens misbruik van bevoegdheid.²⁷⁰ De civiele procedure dient er juist toe de vraag te beantwoor-

262 Aldus reeds Rb. Breda 21 juli 1885, W 5283. Vgl. Rb. Kortrijk 20 mei 1954, RW 1954-55, k. 428; 3 juni 1956, RW 1955-56, k. 807.

263 Zie bijv. R.J. Polak 1941, p. 789-790; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 142; Heemskerk 1985b, nr. 9; M.E. Storme 1991; M.E. Storme 1992a, p. 253-271; W. Snijders 1994, p. 7-8.

264 Zie bijv. Vgl. HR 6 april 1933 (*Goldwurm-Verdor/Hamburger*), NJ 1933, 1038; Rb. Amsterdam 11 oktober 1995, NJ 1996, 551; Hof Leeuwarden 17 maart 1999, NJ 2000, 27.

265 Cadiet 1992, nr. 87.

266 Courtieu 1997, nr. 1-3.

267 Vgl. Sieburgh 2000, p. 9-12.

268 Vgl. Civ. I 11 februari 1964, D 1964, Som. p. 97; Civ. I 13 mei 1964, GP 1964 II, p. 129; Civ. II 8 oktober 1970, D 1971, Som. p. 31; Cadiet 1992, nr. 103.

269 Zie hierover bijv. Mataja 1888, p. 19-32; Wertheim 1930, p. 14-19; Hartlief 1997; Nieuwenhuis 1997, p. 8-9; Sieburgh 2000, p. 5-6.

270 Okma 1945, p. 124; Solus & Perrot I 1961, nr. 114; Mazeaud & Tunc 1965, nr. 591; Meijers/Vermeulen 1967, p. 237; Cadiet 1992, nr. 96; Courtieu 1997, nr. 7. Vgl. bijv. HR 6 april 1933 (*Goldwurm-Verdor/Hamburger*), NJ 1933, 1038; Rb. Ieper 20 november 1957, RW 1957-58, k. 1251; Hof 's-Hertogenbosch 10 juli 1991, NJ 1992, 115.

den òf een eis moet worden toe- dan wel afgewezen. Het antwoord op deze vraag hangt af van het debat en het oordeel over de feiten en het recht. Door- gaans staan in een burgerlijke procedure met name de feiten maar ook het recht op goede gronden ter discussie.²⁷¹ Beslechting van deze discussie ten gunste van de één wil niet zeggen dat de ander door het aangaan of het voeren van de discussie onrechtmatig heeft gehandeld.²⁷² Een andere opvatting hier- omtrent zou het recht op toegang tot de rechter op onaanvaardbare wijze beperken.²⁷³

Het bovenstaande betekent echter niet dat de uitkomst steeds geheel irrelevant is voor beantwoording van de vraag of misbruik is gemaakt van het recht om een eis in rechte in te stellen. In Frankrijk en België wordt wel aangenomen dat de partij die de procedure wint geen misbruik van zijn bevoegdheid een vordering in te stellen kan hebben gemaakt, zelfs als zij slechts ten dele in het gelijk wordt gesteld.²⁷⁴ Omgekeerd is afwijzing van de eis in beginsel een noodzakelijke voorwaarde voor het oordeel dat het instellen ervan misbruik van bevoegdheid vormt.²⁷⁵ Aangezien het recht te ageren principieel onafhankelijk is van de uitkomst van het geding, moeten uitzonderingen op deze vuistregel mogelijk worden geacht, hetgeen ook in de meer recente rechtspraak en literatuur wordt aanvaard.²⁷⁶

De hierboven beschreven beginselen van het Franse en Belgische recht passen in het systeem van het Nederlandse recht. Ik zou deze ook voor het Nederlandse recht als uitgangspunt willen aanvaarden.

271 Vgl. bijv. Rb. Brussel 23 mei 1956, *JT* 1956, 475; Rb. Brussel 5 juni 1963, *RW* 1963-64, k. 923; Civ. II 18 juni 1969, *Bull.* II, 217; Rb. Brussel 18 december 1986, *JT* 1987, 126; Solus & Perrot 1961 I, nr. 114; M. Storme 1986, nr. 31.

272 Hartogh 1875, p. 117-119 en 127; Haardt 1945, p. 16 en 114; Cadiet 1992, nr. 96. Haardt 1945, p. 14-16 laat zien dat hier vroeger veelal anders over werd gedacht. Zie bijv. De Pinto II-1 1857, p. 144. In laatstgenoemde zin ook Stein/Rueb 2002, p. 177. Vgl. Spier 1995, p. 59-60.

273 Zie Solus & Perrot I 1961, nr. 114.

274 Mestre 1985, nr. 27; Cadiet 1992, nr. 95; Courtieu 1997, nr. 7. In deze zin Hof Brussel 17 april 1964, *Pas.* 1966 II, p. 273; Civ. II 18 november 1971, *D* 1972, Som. p. 39; Civ. I 26 januari 1972, *D* 1972, Som. p. 67; Civ. III 15 maart 1972, *Bull.* III, 181; Civ. II 16 mei 1974, *Bull.* II, 173; Civ. III 5 mei 1976, *D* 1976, IR p. 221; Civ. III 22 maart 1977, *Bull.* III, 142; Cass. 23 februari 1978, *Pas.* 1978 I, p. 729; Com. 20 maart 1984, *GP* 1984 II, Pan. p. 210 m.nt. S. Guinchard; Civ. II 11 maart 1987, *JCP* 1987 IV, 174; Com. 1 februari 1992, *JCP* 1992 II, 21817 m.nt. André Perdriau; Civ. I 10 maart 1998, *Bull.* I, 100.

275 Cadiet 1992, nr. 95.

276 Cass. 24 april 1978, *RW* 1978-79, k. 2669 m.nt. JL; Civ. I 10 maart 1998, *Bull.* I, 100; Fagnart & Denève 1986, p. 306; M. Storme 1986, nr. 24; Taelman 1988, nr. 14-18; M.E. Storme 1991; Perrot 1999, p. 199-200; Rb. Brussel 25 april 1986, *RW* 1986-87, k. 885 m.nt. G.L. Ballon; Arbrb Bergen 10 november 1998, *JLMB* 2000, p. 124. Vgl. Desdevises 1979, p. 21-22 en Fisselier 1979, nr. 442.

3.3.1.5 De beoordeling van het instellen van een vordering op misbruik

130. De rechter gebruikt bij de toetsing van het gebruik van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen verschillende criteria. Lag in Frankrijk in de oudere rechtspraak de nadruk op het criterium *mauvaise foi ou erreur grave équipollente au dol*,²⁷⁷ dat ook wel impliciet werd toegepast via de kwalificatie van het te beoordelen gedrag,²⁷⁸ in de laatste decennia is het *faute*-criterium overheersend, eventueel in combinatie met de kwalificatie *légèreté (blâmable)*.²⁷⁹ Ook het *faute*-criterium wordt wel impliciet toegepast doordat de rechter zich rechtstreeks op de feiten baseert.²⁸⁰ De Belgische jurisprudentie vertoont een vergelijkbaar beeld (zie § 3.2.4.2). De schaarse Nederlandse rechtspraak kent hoofdzakelijk een benadering op basis van de omstandigheden van het geval.²⁸¹ Slechts in een ouder arrest van de Hoge Raad wordt zijdelings verwezen naar “(...) kwade trouw of ernstig verzuim (...)”.²⁸²

De verschillende criteria voor misbruik van bevoegdheid kunnen, ook bij dit casustype, naast elkaar worden gebruikt en de keuze zal veelal afhangen van doelmatigheidsoverwegingen: in een concrete casus ligt toepassing van het ene criterium nu eenmaal meer voor de hand dan het andere. In de praktijk wordt misbruik zelfs wel zonder tussenkomst van een van de criteria uit de feiten afgeleid.²⁸³ In het navolgende zal de nadruk dan ook niet liggen op de criteria, maar op het onderscheiden van groepen gevallen en het formuleren van de vuistregels. Centraal staat in mijn visie steeds de vraag of de omstandigheden van het geval van dien aard zijn dat kan worden geoordeeld dat van misbruik sprake is.

Het fundamentele karakter van de bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen vereist dat een rechterlijk oordeel dat er in casu misbruik van is gemaakt, gegrond wordt op een stevige motivering. De rechter moet bij zijn

277 Zie bijv. Civ. 7 december 1885, *DP* 1886 I, 207; Req. 7 mei 1924, *S* 1925 I, 207 m.nt. Jean Brethe de la Gressaye; Soc. 1 december 1950, *Bull.* III, 910; Com. 14 mei 1952, *Bull.* III, 190; Civ. II 6 februari 1957, *D* 1957, p. 211; Civ. II 23 maart 1966, *Bull.* II, 388; Civ. III 26 september 1984, *JCP* 1984 IV, 327.

278 Zie bijv. Civ. I 9 februari 1965, *Bull.* I, 107 en de jurisprudentie geciteerd door Cadiet 1992, nr. 98.

279 Zie bijv. Com. 15 juli 1964, *Bull.* III, 371; Soc. 19 oktober 1966, *Bull.* IV, 787; Civ. II 31 mei 1967, *Bull.* II, 199; Com. 30 oktober 1968, *JCP* 1969 II, 15964; Com. 12 januari 1976, *D* 1977, p. 141 m.nt. Yves Chartier; Com. 19 maart 1980, *Bull.* IV, 134; Civ. I 25 februari 1986, *GP* 1987, Som. p. 41 m.nt. H. Croze en Ch. Morel.

280 Zie bijv. Com. 13 mei 1975, *D* 1975, IR p. 184; Civ. I 25 april 1984, *JCP* 1984 IV, 211; Civ. I 14 februari 1989, *Bull.* I, 82.

281 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 1991, *NJ* 1992, 115; HR 8 oktober 1993 (*Dogan/Staat*), *NJ* 1994, 508 m.nt. HJS; Rb. Amsterdam 11 oktober 1995, *NJ* 1996, 551; Hof Leeuwarden 17 maart 1999, *NJ* 2000, 27.

282 HR 6 april 1933 (*Goldwurm-Verdor/Hamburger*), *NJ* 1933, 1038.

283 Zie bijv. Civ. I 22 juni 1965, *Bull.* I, 413; Civ. I 5 juli 1965, *D* 1966, Som. p. 5; Com. 13 mei 1975, *D* 1975, IR p. 184.

oordeel dat sprake is van misbruik expliciet en voldoende uitgebreid ingaan op de feitelijke grondslag waarop hij dit oordeel baseert.²⁸⁴

De Franse cassatierechter houdt streng de hand aan deze eis. Talloze malen heeft hij gecasseerd op grond van *défaut de base légale*,²⁸⁵ omdat de feitenrechter geoordeeld heeft dat er sprake is van misbruik, "(...) sans caractériser en quoi l'action (...) était abusive (...)." ²⁸⁶ Het praktisch belang van deze controle is in Frankrijk groot, omdat het veel voorkomt dat gedaagde aan eiser misbruik van het recht een vordering in te stellen verwijt met het doel het niet-liquida-bele exedent van de proceskosten te kunnen vorderen.²⁸⁷

De eisen die het Cour de cassation op dit punt stelt, laten zich goed vergelijken met de rechtspraak van de Hoge Raad over de motiveringsplicht. Deze vereist onder meer dat de rechter de feiten die hij aan zijn beslissing ten grondslag legt, met voldoende bepaaldheid aangeeft.²⁸⁸ Het gaat bij het onderhavige casustype om de toepassing van vage normen die beperkend werken op een fundamenteel recht. Hier passen hoge motiveringseisen.²⁸⁹ Mijns inziens zou een Nederlandse invulling van de motiveringsplicht op dit punt niet veel afwijken van de lijn van de Franse cassatierechter.

De vaak complexe aard van het te beoordelen gedrag kan de beoordeling van het instellen van een eis op misbruik problematisch maken. Het is zaak bij de beoordeling van een reeks processuele gedragingen steeds goed te onderscheiden of het reeds vertoonde gedrag zelf misbruik van bevoegdheid vormt of dat er niet aan bevoegdheidsuitoefening wordt toegekomen omdat deze op grond van de preventieve werking van de misbruikfiguur wordt voorkomen. In sommige gevallen, met name die waarin art. 3:303 BW voor toepassing in aanmerking komt, kan reeds bij het instellen van de vordering getoetst worden of er sprake is van misbruik van bevoegdheid. Wordt in een dergelijk geval geconcludeerd dat van misbruik sprake is, dan is er ruimte voor een preventief rechtsgevolg als de niet-ontvankelijkverklaring (zie § 5.4).

In de meeste gevallen kan echter pas op basis van de ten processe vastgestelde feiten worden beoordeeld of van misbruik van de bevoegdheid een vordering in te stellen sprake is geweest. In dat geval is preventie een gepasseerd station voorzover de procedure zich al heeft voltrokken en komt de

284 Courtieu 1997, nr. 10.

285 Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 117-118.

286 Civ. II 4 november 1988, *D* 1989, p. 609. In vergelijkbare zin o.a. Civ. 3 december 1940, *GP* 1941 I, p. 306; Civ. III 20 juni 1972, *JCP* 1972 II, 17202 m.nt. Emile-Jean Guilloit; Civ. I 25 februari 1986, *GP* 1987 I, Som. 41 m.nt. H. Croze en Ch. Morel; Civ. II 1 maart 1989, *GP* 1989, Pan. p. 108; Civ. II 25 oktober 1995, *JCP* 1995 IV, 2617 & 2639. Zie nader Cadiet 1992, nr. 104-106.

287 Cadiet 1992, nr. 104. Vgl. Haardt 1945., p. 114-115.

288 Zie Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 117. E. Korthals Altes 1993, p. 101, wijst er op dat de motiveringsplicht niet zo ver gaat dat bij het waarderen van een aantal onderling samenhangende factoren moet worden aangegeven wat de precieze waarde van ieder van die factoren is.

289 Asser/Vranken 1995, nr. 228.

nadruk op repressieve rechtsgevolgen te liggen, zoals met name schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad (zie § 5.3).

3.3.1.6 Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe

131. De in art. 3:303 BW gecodificeerde regel van procesrecht “[z]onder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe” werd in 1928 door de Hoge Raad aanvaard in het arrest *B.T./Kalma* met de overweging dat “(...) de aard van ieder rechtsmiddel (...) medebrengt dat het niet toekomt aan wie daarbij geen belang heeft.”²⁹⁰ In deze paragraaf zal ik ingaan op de plaats en de betekenis van deze regel.

Met de term ‘rechtsvordering’ wordt hier niet bedoeld op de bevoegdheid een bestaand burgerlijk recht af te dwingen (vgl. art. 3:304 BW), maar op het recht te procederen. Bij art. 3:303 BW gaat het, zoals ook al uit de tekst van het artikel blijkt, om de pretentie van recht, die in de eis of in het verweer ligt besloten.²⁹¹

Art. 3:303 BW spreekt van een ‘rechtsvordering’. De regel van dit artikel is echter ook van toepassing op andere processuele bevoegdheden, zoals het instellen van een rechtsmiddel, het indienen van een verzoekschrift of het voeren van verweer.²⁹²

Maatgevend bij het toetsen van de aanwezigheid van een voldoende belang is het verschil tussen de hypothetische situatie waarin de eis of het verweer gegrond wordt bevonden en de hypothetische situatie waarin dit niet gebeurt. Dit verschil is het belang in de zin van art. 3:303 BW. Is er onvoldoende rechtens relevant verschil, dan komt de betreffende rechtsvordering niet aan de actor toe.²⁹³

Uitgangspunt bij de toetsing is een gepretendeerde rechtspositie. Niet vereist is derhalve dat de ingestelde eis of het gevoerde verweer juist is. Hiermee ontmoeten we tevens de beperktheid van de regel ‘geen belang, geen actie’. Een chicaneuze rechtsvordering ingesteld door X tot veroordeling van Y tot betaling van € 10 000,- gebaseerd op een vorderingsrecht uit een koopovereenkomst die in feite nooit is gesloten, passeert de sluis van art. 3:303 BW zonder problemen: er is een gesteld belang van € 10 000,- bij toewijzing van de eis en een zodanig belang geldt als voldoende. Pas bij de behandeling ten gronde kan eventueel ter discussie komen of X door het instellen van deze rechtsvordering misbruik van recht heeft gemaakt doordat zij bijvoorbeeld te kwader trouw is ingesteld met geen ander doel dan te schaden. Deze discussie valt buiten het bereik van art. 3:303 BW.

290 HR 13 juni 1928 (*B.T./Kalma*), W 11 880 m.nt. Mff, NJ 1928, p. 1379 m.nt. EMM.

291 In deze zin ook Helmich 1945, p. 150; Cleveringa 1964, p. 231-235; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 147. Vgl. Gerbrandy 1959, p. 373.

292 Jongbloed (*Vermogensrecht*), art. 303, aant. 5.

293 Van Baars 1971, p. 44; Van Nispen 1978, nr. 101; Van Nispen 2003, nr. 15.

132. Evenals het begrip ‘redelijk belang’ (zie hierboven § 3.2.7.3) is ‘voldoende belang’ in twee relevante opzichten normatief van aard.²⁹⁴ Ten eerste opent de term de mogelijkheid in geval van een zeer gering belang te oordelen, dat er geen voldoende belang is.²⁹⁵ Hier is een zekere samenloop met casus als de grensoverschrijdende garage: denkbaar is dat het gestelde belang ook in werkelijkheid bestaat maar onvoldoende is.²⁹⁶

Ten tweede moet het gaan om een rechtens relevant c.q. te respecteren belang. De discussie heeft zich hier onder andere toegespitst op de vraag in hoeverre de verkrijging van een declaratoir op zichzelf als rechtens relevant belang kan worden beschouwd. Eggens beoordeelt de “(...) uitsluitende bevrediging van het genoegen gelijk te krijgen van de rechter (...)”²⁹⁷ als rechtens niet relevant. In het licht van de rechtsontwikkeling nadien behoeft dit uit 1951 stammende oordeel nuancering. In de rechtspraak van het EHRM wordt aan de verklaring voor recht een zelfstandige genoegdoeningsfunctie toegekend.²⁹⁸ Ook de Hoge Raad lijkt hiervoor enige ruimte te zien.²⁹⁹

Bepaalde niet-materiële belangen worden in de rechtspraak als onvoldoende belang beschouwd. Te noemen vallen het ideële belang bij een verklaring voor recht dat oproeping voor krijgsdienst onrechtmatig is, terwijl reeds vrijstelling is verleend,³⁰⁰ en het zuiver emotionele belang bij de vaststelling van aansprakelijkheid van een ander voor de dood van een kind.³⁰¹ Deze rechtspraak staat sterk ter discussie.³⁰² De grens tussen niet-materiële belangen die wel een voldoende belang kunnen vormen en die geen voldoende belang vormen, lijkt moeilijk te trekken.³⁰³

Behalve een normatief begrip is ‘belang’ hier ook een relatief begrip. Met betrekking tot het instellen van een rechtsvordering gaat het er volgens de parlementaire geschiedenis om “(...) of dit belang voldoende is om een proce-

294 Vgl. Van Nispen 1978, nr. 103.

295 Vgl. Wiarda 1952, p. 435-436.

296 Vgl. M. Storme 1986, nr. 30. Zie ook Rb. Mons 3 juni 1964, JT 1965, p. 23.

297 A-G Eggens in zijn conclusie bij HR 30 maart 1951 (*De V./Van de H.*), NJ 1952, 29 m.nt. PhANH.

298 Zie de bespreking van de jurisprudentie bij Van Emmerik 1997, p. 139-148, waaraan valt toe te voegen EHRM 25 november 1999 (*Nilsen en Johnsen/Noorwegen*), NJ 2001, 63.

299 HR 13 december 1996 (*W./Staat*), NJ 1997, 682 m.nt. JdB. Vgl. ook HR 22 januari 1993 (*Staat/Stichting herwaardering pensioenen NSB-kamerleden*), NJ 1994, 734 m.nt. CJHB en HR 26 januari 1996 (*D.V. en W.J.H./Raad voor de Kinderbescherming*), NJ 1996, 377. Zie hierover ook Lindenberg 1999, p. 90; Du Perron 2003, nr. 69. In positieve zin reeds Wolfsbergen 1946, p. 190. Aarzelend Van Nispen 1978, nr. 79; Van Nispen 2003, nr. 15.

300 HR 3 januari 1992 (*V./Staat*), NJ 1994, 627.

301 HR 9 oktober 1998 (*Van Aalten en Mbarka/De Vereniging voor Christenlijk Wetenschappelijk Onderwijs*), NJ 1998, 853, A&V 1999, p. 45 m.nt. C.J.M. Klaassen.

302 Zie kritisch Van Maanen 1999; Spier 1999, p. 8-9; Lindenberg 1999, p. 89-91; Bloembergen 2000b.

303 Vgl. nog HR 15 april 1994 (*Valkenhorst*), NJ 1994, 608 m.nt. WH-S.

dure te rechtvaardigen.”³⁰⁴ Het gaat bij art. 3:303 BW om een evenredigheids-criterium.³⁰⁵

In zijn proefschrift maakt Van Baars in dit verband onderscheid tussen

“(…) [h]et materiële belang dat het object van de vordering vormt, en het processuele (formele) belang dat de insteller bij deze vordering moet hebben of de gedaagde bij de weren die hij daar tegen inbrengt. Het laatstgenoemde belang is het belang uit de procesrechtsbrocard ‘point d’intérêt, point d’action’.”³⁰⁶

Voorzover Van Baars hiermee bedoelt dat de vraag of de vordering gegrond is niet relevant is voor de vraag of er voldoende belang is in de zin van art. 3:303 BW, lijkt mij dit juist. Met Heemskerk beschouw ik echter een terminologisch onderscheid tussen materieel en processueel belang als ongelukkig, “(…) omdat dit geen reële keus is.”³⁰⁷ Zoals ik hierboven reeds heb betoogd (zie § 1.2), mogen de onderscheidingen processueel-burgerrechtelijk en formeel-materieel niet met elkaar worden geïdentificeerd.

133. De vraag is of de regel “[z]onder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe” als een bijzondere toepassing van misbruik van bevoegdheid moet worden beschouwd. Hierover wordt verschillend gedacht. Aanleiding voor dit verschil van mening vormt ten eerste het feit dat bij art. 3:303 BW, anders dan bij de gewone casus over misbruik van processuele bevoegdheden, de gepretendeerde rechtspositie het object van toetsing vormt. Dit gegeven staat er mijns inziens echter niet principieel aan in de weg art. 3:303 BW te beschouwen als een specialis van art. 3:13 BW. Ten tweede is in de literatuur veel aandacht besteed aan de herkomst van de regel van art. 3:303 BW. De heersende opvatting is dat deze ongeschreven rechtsregel deel uitmaakte van het geldende recht krachtens een bindende traditie.³⁰⁸ De vraag naar de herkomst van de regel is echter een andere dan die naar de plaats ervan.

Rodenburg beantwoordt de vraag of art. 3:303 BW te beschouwen is als een specialis van art. 3:13 BW ontkennend. Hij voert daartoe aan dat er voor de toepassing van art. 3:303 BW geen nadeel voor de wederpartij wordt vereist. Als voorbeeld geeft hij dat “(…) het belang van eiser bij een declaratoir vonnis (…) kan ontbreken, hoewel het wijzen van het declaratoir niet nadelig behoeft te zijn voor de wederpartij.”³⁰⁹ Hiertegen kan worden ingebracht, dat het inhoudelijk ingaan op de zaak alleen al om de kosten die dit met zich mee-

304 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 915 (TM).

305 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 916 (MvA II).

306 Van Baars 1971, p. 165. Vgl. ook p. 96-97, 113, 153-154, 156 en 160.

307 Heemskerk 1980a, p. 281.

308 Aldus Veegens 1959b, nr. 1; Veegens 1965; Van Baars 1971; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 148; Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 50. Anders Cleveringa 1964, p. 266-272.

309 Rodenburg 1985, nr. 27.

brengt, steeds nadelig is voor de wederpartij en de staat als verantwoordelijke voor de rechterlijke organisatie.

De Hoge Raad heeft zich in het Jeffrey-arrest uitgesproken over de verhouding tussen de art. 3:13 en 303 BW. Hij overweegt omtrent het onderdeel dat betoogt dat art. 3:303 BW als een toepassing kan worden gezien van art. 3:13 lid 2 BW:

“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. (...)”³¹⁰

134. Mijns inziens bieden tekst, strekking en geschiedenis van de art. 3:13 en 303 BW wel degelijk steun voor de opvatting dat de regel van art. 3:303 BW een toepassing van art. 3:13 BW vormt. De tekst van art. 3:303 BW correspondeert met het ongeschreven misbruikcriterium ‘ontbreken van een redelijk belang’. De strekking van beide bepalingen is het begrenzen van bevoegdheden met als ratio het beschermen van belangen van derden. De regels omtrent misbruik van recht doen dit op algemeen niveau, de regel van art. 3:303 BW doet dit met betrekking tot processuele bevoegdheden (met name het instellen van een rechtsvordering, maar ook het voeren van verweer en het instellen van een rechtsmiddel) en in een beperkt opzicht (toetsing aan de hand van het gestelde belang). Niet alleen bij art. 3:303 BW, maar ook in het kader van art. 3:13 BW kunnen en moeten de algemene maatschappelijke belangen bij de rechtspleging worden meegewogen, waar deze in het geding zijn.³¹¹

De parlementaire geschiedenis is niet eenduidig. In de MvA II wordt opgemerkt dat het hier om een criterium gaat dat van dezelfde aard is als het onevenredigheids criterium uit art. 3:13 lid 2 BW, maar daarmee niet 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 (...)”³¹²

Deze passage vormt mijns inziens geen sterk argument voor ontkennende beantwoording van de gestelde vraag. Zij miskent dat ook in het kader van art. 3:13 BW ruimte is voor het meewegen van alle betrokken belangen. Bovendien is zij niet te verenigen met de parlementaire geschiedenis van art. 3:13 BW, waar met betrekking tot misbruik van procesrecht het meewegen van de

310 HR 9 oktober 1998 (*Van Aalten en Mbarka/De Vereniging van Christenlijk Wetenschappelijk Onderwijs*), NJ 1998, 853, A&V 1999, p. 45 m.nt. C.J.M. Klaassen.

311 In deze zin, evenals *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049-1050 (MvT Inv), Bloembergen 2000b, nr. 2.

312 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 916 (MvA II).

publieke belangen van een goede procesorde en een behoorlijke rechtpleging expliciet worden vermeld.³¹³

Voor verwarring heeft ook gezorgd de opmerking in de parlementaire geschiedenis van art. 3:303 BW, dat “(...) deze regel (...) als een toepassing van het beginsel van artikel 7 van de Inleidende Titel kan worden aangemerkt (...)”. Dit artikel 7 ziet op redelijkheid en billijkheid en heeft als art. 3:12 BW een plaats gekregen in het huidige Burgerlijk Wetboek. Sommige schrijvers zijn van mening dat hier sprake is van een typefout en dat de wetgever eigenlijk bedoelt te verwijzen naar art. 8 van de Inleidende Titel over misbruik van bevoegdheid.³¹⁴ Maar ook zonder typefout aan te nemen, dwingt deze passage niet tot de conclusie dat art. 3:303 BW niet als specialis van art. 3:13 BW kan worden beschouwd.³¹⁵ Beide bepalingen kunnen op hun beurt worden beschouwd als varianten op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Mijn conclusie is dat de regel ‘geen belang, geen actie’ een bijzondere toepassing vormt van art. 3:13 BW.³¹⁶

Naar zijn aard leent art. 3:303 BW zich slechts voor het vervullen van een preventieve functie. De bepaling houdt de last in een voldoende belang te stellen. Bij toepassing van het artikel ten opzichte van eiser wordt aan inhoudelijk procederen – waartoe de rechtsvordering strekte – niet toegekomen doordat eiser niet-ontvankelijk wordt verklaard. Misbruik van de bevoegdheid te procederen is aldus voorkomen. Tegelijkertijd rechtvaardigt dit nog niet de conclusie dat het doen van een beroep op die bevoegdheid misbruik vormde (repressieve functie). Deze vraag moet worden beantwoord door toetsing van het gedrag van eiser, bestaande uit het instellen van de eis, aan art. 3:13 lid 2 BW.³¹⁷

3.3.1.7 De kansloze vordering

135. In deze paragraaf bespreek ik de gevallen waarin het instellen van een vordering in rechte misbruik van bevoegdheid vormt omdat de eiser wist of behoorde te weten dat de eis met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Okma spreekt hier van “het kansloze proces”,³¹⁸ Spier van “evident kansloze vorderingen”³¹⁹ en Verstijlen van “licht-

313 *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1049-1050 (MvT Inv).

314 Bijv. Rodenburg 1985, nr. 27.

315 Anders kennelijk Vriesendorp 1972, p. 199.

316 In deze zin ook Meijers 1937, p. 72; Helmich 1945, p. 151-169; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 148; Schoordijk 1986, p. 419; W. Snijders 1994, p. 9; Bloembergen 2000b, nr. 2; Van Schendel 2001, p. 61. Anders Vriesendorp 1970, nr. 116; Rodenburg 1985, nr. 27; Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 7.

317 Van Nispen 1978, p. 174 nt. 182; Van der Wiel 2001, p. 40.

318 Okma 1945, nr. 85.

319 Spier 1995, p. 60.

vaardig" een procedure beginnen.³²⁰ Omdat op dit punt vrijwel geen Nederlandse rechtspraak voorhanden is, zal ik de Franse en Belgische jurisprudentie als basis voor de bespreking gebruiken.

Onvoldoende voor het oordeel dat een vordering kansloos is, is dat de eiser zijn rechtspositie onjuist beoordeelt en het proces daarom verliest.³²¹ Hierboven (zie § 3.3.1.4) kwam al aan de orde dat het proces juist bedoeld is de wederzijdse rechtsposities ter discussie te kunnen stellen. Dit wil echter niet zeggen dat elke vordering, hoe onzinnig ook, moet worden getolereerd. Ergens ligt de grens tussen het wellicht zwakke, maar verdedigbare standpunt van een eiser en het standpunt dat zodanig is dat eiser niet heeft mogen denken enige kans op toewijzing van het gevorderde te hebben en zich daarom reukens van het instellen van de vordering had behoren te onthouden.

Het uitgangspunt dat afwijzing van een eis het instellen ervan niet eo ipso onrechtmatig maakt, vindt zijn grondslag mede in het feit dat het recht en de feiten vaak niet duidelijk zijn. Hieruit leidt Cadiet a contrario de vuistregel af, dat '(...) lorsque la règle est claire, les faits limpides, l'initiative processuelle d'une partie est, *à priori*, suspecte."³²²

De discussies over de feiten enerzijds en het recht anderzijds zijn niet goed van elkaar te scheiden.³²³ Wanneer partijen bijvoorbeeld worden verdeeld door een verschil van mening over de toepassing van een vage norm zal dit doorgaans zowel betrekking hebben op de reikwijdte van de norm als de feitelijke omstandigheden. Toch zal ik hier ten behoeve van de overzichtelijkheid feit en recht als invalshoeken onderscheiden.

3.3.1.8 Kansloosheid wegens strijd van het juridisch betoog met geldend recht

136. Discussie over het recht is ten processe op verschillende niveaus volstrekt legitiem.³²⁴ Zo kan met recht verschil van opvatting bestaan over de vraag of een grensgeval of een atypisch geval onder een bepaalde regel valt of over wat een vage norm in een bepaald geval meebrengt.

Waar het recht echter een scherpe regel geeft en de feiten geen aanleiding geven tot discussie over de toepassing ervan, rijst de vraag in hoeverre een betoog dat ingaat tegen wat rechtens geldt, aanvaardbaar is. Het Franse recht kent als uitgangspunt dat wanneer het standpunt van eiser ontegenzeggelijk strijdig is met regels van geldend recht, dit een sterke aanwijzing is voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid. Het Cour de cassation heeft geoor-

320 Verstijlen 1998, p. 302.

321 Vgl. bijv. Rb. Brussel 23 mei 1956, *JT* 1956, p. 475; Rb. Brussel 5 juni 1963, *RW* 1963-64, k. 923; Civ. II 18 juni 1969, *Bull.* II, 217; Com. 30 juni 1969, *Bull.* IV, 252; Rb. Brussel 18 december 1986, *JT* 1987, p. 126; Solus & Perrot I 1961, nr. 114; M. Storme 1986, nr. 31.

322 Cadiet 1992, nr. 102. Vgl. bijv. Soc. 24 maart 1955, *Bull.* IV, 281; Com. 9 juni 1960, *Bull.* III, 220.

323 Vgl. Kortmann 1985, nr. 10.

324 Vgl. Kortmann 1985, nr. 18.

deeld dat het instellen van een actie “(...) *manquant de toute fondement juridique valable* (...)” misbruik van bevoegdheid vormt.³²⁵ En de eiser die

“(...) *ne pouvait se méprendre sur la portée de ses engagements et avait soulevé des moyens dépourvus de sérieux* (...), *avait commis un abus de procédure* (...)”.³²⁶

De Nederlandse Hoge Raad heeft het voeren van een betoog dat afwijkt van wat klaarblijkelijk rechtens geldt, onder omstandigheden geoorloofd geacht. Het staat een eiser vrij te bepleiten dat er ten gunste van hem worden afgeweken van de tot dan toe heersende opvattingen, mits dit expliciet gebeurt op grond van argumenten die niet bij voorbaat kansloos zijn.³²⁷

Mijns inziens zijn, ondanks de schijnbare tegenstelling die uit het bovenstaande spreekt, het Franse en Nederlandse recht op dit punt met elkaar te verenigen. Een illustratie biedt hier de verjaringsproblematiek. In Frankrijk is meerdere malen beslist dat het instellen van een eis die onmiskenbaar afstuit op een beroep op verjaring, misbruik van bevoegdheid vormt.³²⁸ In de Nederlandse rechtspraak is de mogelijkheid aanvaard dat een beroep op verjaring in strijd komt met de eisen van redelijkheid en billijkheid.³²⁹ Betekent dit nu dat verjaring nooit buiten discussie staat en dat naar Nederlands recht het instellen van een eis die afstuit op een beroep op verjaring nimmer misbruik van bevoegdheid vormt? Geenszins, lijkt mij. Een eiser die een vordering instelt die in beginsel onmiskenbaar faalt op een verjaringsverweer, zal op een dergelijk verweer een expliciet en goed beargumenteerd betoog moeten voeren ter onderbouwing van zijn standpunt dat zijn eis desondanks moet slagen. Doet hij dit niet, dan is in beginsel de conclusie gewettigd dat hij met het instellen van zijn eis misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Dit zal bijvoorbeeld anders zijn wanneer gedaagde om hem moverende redenen afstand heeft gedaan van de mogelijkheid zich op verjaring te beroepen.

137. Uit het bovenstaande kan een algemene vuistregel worden gedestilleerd. In beginsel kan het recht in een proces ter discussie worden gesteld, maar, hoe minder onduidelijkheid er redelijkerwijs over het recht kan bestaan, hoe meer er van eiser wordt verlangd met betrekking tot een betoog dat ingaat tegen het geldende recht. Voldoet een dergelijk betoog van eiser niet aan deze eisen, bijvoorbeeld doordat zijn argumenten bij voorbaat kansloos zijn te

325 Civ. III 12 april 1972, *JCP* 1972 IV, 132. In deze zin ook Rb. Brussel 28 oktober 1969, *JT* 1970, p. 29.

326 Civ. I 25 april 1984, *JCP* 1984 IV, 211. Vgl. voor België Cass. 13 april 1967, *Pas.* 1967 I, p. 954.

327 Vgl. HR 3 december 1999 (*H./NHL*), *NJ* 2000, 289, de conclusie bij dit arrest van A-G Bakels en de noot van J.B.M. Vranken sub 9. Zie tevens Kortmann 1985, nr. 17.

328 Zie bijv. Civ. II 31 mei 1967, *Bull.* II, 199; Com. 13 mei 1975, *D* 1975, IR p. 184.

329 Zie bijv. HR 28 april 2000 (*Erven van Hese/De Schelde*), *NJ* 2000, 430.

achten, dan kan worden geconcludeerd dat hij misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door deze eis in te stellen.³³⁰

Duidelijker ligt het wanneer het standpunt van eiser impliciet ontegenzeggelijk in strijd is met geldend recht. Dit is het geval wanneer de door hem gestelde feiten het ingeroepen rechtsgevolg naar geldend recht ontegenzeggelijk niet kunnen dragen, terwijl eiser geen expliciet tegen het geldende recht ingaand betoog voert. In dit soort gevallen mag naar mijn mening verhoudingsgewijs snel worden geoordeeld dat er sprake is van een kansloze vordering en derhalve van misbruik van de bevoegdheid een eis in te stellen.

3.3.1.9 Kansloosheid wegens het ontbreken van daadwerkelijke feitelijke grondslag

138. Vaker dan het geldende recht vormen in het proces de feiten het voorwerp van discussie. Partijen kunnen verdeeld worden gehouden door een verschillende visie op 'wat er gebeurd is'. Het verdedigen van een visie op de feiten die de rechter uiteindelijk verwerpt is in principe geoorloofd. Bij het debat over de feiten mogen en zullen partijen zich in beginsel partijdig opstellen. In het burgerlijk proces mogen partijen selectief en gekleurd stellingen betrekken. Maar mag een eiser nu elke willekeurige stelling omtrent de feiten betrekken bij het instellen van een vordering? Het recht van zowel Frankrijk, België, Duitsland als Nederland stelt grenzen op het punt van de feitelijke stellingen, zoals reeds in § 2.2 aan de orde kwam. Op die plaats concludeerde ik, kort gezegd, dat van partijen goede trouw vereist wordt ten aanzien van hun feitelijke stellingen. Wanneer deze goede trouw bij eiser ten aanzien van essentiële stellingen ontbreekt, kan gezegd worden dat eiser wist of behoorde te weten dat zijn vordering kansloos was.

3.3.1.10 De vordering die afstuit op formele gebreken

139. Een vordering die wordt ingesteld bij een onbevoegde rechter stuit op deze onbevoegdheid af. De rechter oordeelt zich onbevoegd en gaat niet tot behandeling over. Het instellen van een vordering bij een onbevoegde rechter kan misbruik van bevoegdheid vormen. Gedaagde kan in verband met de door hem ten gevolge van het instellen van de vordering geleden schade belang hebben bij een oordeel hieromtrent. In dit type geval gaat het om beoordeling achteraf van reeds vertoond gedrag met het oog op reressieve sancties. Met een oordeel dat de gedraging misbruik van bevoegdheid vormde, staat tevens de onrechtmatigheid ervan vast.³³¹

Bij bevoegdheidsregels gaat het om *hard & fast rules* waarover doorgaans weinig onduidelijkheid zal kunnen bestaan. Eiser kan worden geacht kennis van deze regels te hebben. Niet snel zal kunnen worden aangenomen dat eiser

330 Vgl. M. Storme 1986, nr. 31; M.E. Storme 1990, nr. 27; Courtieu 1997, nr. 38.

331 Vgl. Van der Kwaak 2002, p. 580.

wist noch behoorde te weten dat de rechter onbevoegd is. Dit alles wettigt mijns inziens het uitgangspunt dat het instellen van een vordering bij een onbevoegde rechter dikwijls als misbruik van bevoegdheid zal kunnen worden beschouwd. Wel geldt ook hier (zie § 3.3.1.8) dat een voldoende beargumenteerd betoog tegen het geldende recht in mogelijk moet zijn.

In de rechtspraak van de onderzochte landen zijn niet veel uitspraken over bovengenoemde vraag te vinden. De oorzaak hiervan is wellicht dat het preventieve effect dat de onbevoegdverklaring heeft de gedaagden reeds tevreden stelt. In een Belgische zaak over een bevoegdheidsclausule in een contract acht de Rechtbank Brussel in hoger beroep zich in conventie onbevoegd kennis te nemen van de vordering. Op de reconventionele vordering tot schadevergoeding wegens misbruik van het recht een vordering in te stellen beslist zij dat er in casu geen sprake van misbruik van bevoegdheid is, nu “(...) cette erreur d’appréciation – qui a été partagée par le premier juge – ne suffit pas à caractériser l’abus du droit d’agir en justice (...)”.³³² In dit geval kon eiser zich naar het oordeel van de Rechtbank te goeder trouw vergissen met betrekking tot de competentie. Dit oordeel wordt ondersteund door het feit dat de rechter in eerste aanleg zich op dit punt evenzeer vergiste.

In dit verband wijs ik nog op enkele Nederlandse uitspraken over ‘handigheidjes’ van de eiser met het doel een bepaalde rechter competent te maken. Het ageren tegen twee gedaagden waarvan de een slechts betrokken is om de rechter relatief competent te maken met betrekking tot de actie tegen de ander is door het Hof ‘s-Hertogenbosch aangemerkt als misbruik van bevoegdheid.³³³ Aan de andere kant heeft de Hoge Raad beslist dat het in beginsel niet ongeoorloofd is een vordering te splitsen om aldus absolute competentie van de kantonrechter te bewerkstelligen.³³⁴

Ook het niet voldoen aan duidelijke formele eisen bij het instellen van een vordering, met nietigheid of niet-ontvankelijkheid als gevolg, kan leiden tot het oordeel dat eiser door aldus te handelen misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Zo heeft de Franse Cour de cassation geoordeeld dat aangezien iemand

“(...) a intenté son action bien qu’il ne remplit pas les conditions de recevabilité expressement prévues par la loi, la (...) cour a pu le condamner à réparer le préjudice découlant de sa légèreté blâmable (...)”.³³⁵

Verdedigbaar is overigens dat bij deze ‘pogingen tot procederen’ in het geheel niet aan bevoegdheidsuitoefening wordt toegekomen door het preventieve

332 Rb. Brussel 18 december 1986, *JT* 1987, p. 126.

333 Hof ‘s-Hertogenbosch 7 januari 1964, *NJ* 1964, 345. Zie voor een Belgisch voorbeeld van een competentietruc Hof Gent 21 april 1995, *RW* 1995-96, p. 927.

334 HR 28 januari 1972 (*Salomé/Wolfert*), *NJ* 1972, 146.

335 Com. 12 januari 1976, *D* 1977, p. 141 m.nt. Yves Chartier.

effect van nietigheid of niet-ontvankelijkheid. In die opvatting zou het juist zijn de beoordeling van die 'pogingen' niet in de sleutel van misbruik van bevoegdheid maar in die van de commune onrechtmatige daad te plaatsen. Tot andere resultaten voert deze opvatting niet, aangezien de normstelling van beide figuren op hetzelfde neer komt (zie § 3.1.5).

3.3.1.11 Prematuur ageren

140. Mag een eiser degene van wie hij meent iets te vorderen te hebben zonder enig preprocesueel contact in rechte betrekken? Uitgangspunt is dat een ieder de bevoegdheid heeft toegang tot de burgerlijke rechter te zoeken in verband met het verdedigen van zijn burgerlijke rechten. Toch kan op de gestelde vraag mijns inziens niet steeds een bevestigend antwoord worden gegeven.

Bepalend is hier wat de zorgvuldigheid in de preprocesuele fase van eiser vergt. De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen, dat het eiser niet zonder meer vrijstaat een vordering in te stellen.

Een belangrijke groep gevallen is die waarin er in feite geen geschil is. Gedaagde is bereid zich te richten naar hetgeen eiser verlangt: een schuld is bijvoorbeeld erkend en de schuldenaar is voornemens haar te voldoen. In dit verband verdient de Nederlandse Gedragsregel 19, die van advocaten vergt eerst te proberen tot nakoming buiten rechte te komen, aandacht. Hoewel het niet nakomen van een Gedragsregel niet zonder meer een onrechtmatige daad vormt,³³⁶ is deze regel wel een aanwijzing voor hetgeen in Nederland als betamelijk preprocesueel gedrag wordt beschouwd. Art. 111 lid 3 Rv, dat impliceert dat eiser alvorens een procedure aan te spannen contact met gedaagde moet zoeken, wijst in dezelfde richting. In de Franse,³³⁷ Belgische³³⁸ en Nederlandse³³⁹ literatuur leeft de gedachte dat het aanspannen van een door het ontbreken van een geschil nodeloos te achten procedure misbruik van bevoegdheid vormt. Naar mijn mening kan deze gedachte geplaatst worden in de sleutel van de goede trouw. Eiser moet te goeder trouw zijn ten aanzien van het bestaan van een geschil met gedaagde, en in dat kader wordt van hem zonodig enig onderzoek verwacht. Ontbreekt deze goede trouw, dan vormt het instellen van de vordering misbruik van bevoegdheid.³⁴⁰ Dit alles neemt niet weg dat het even verstandig als geoorloofd kan zijn het preprocesuele contact gepaard te laten gaan met conservatoire maatregelen. De geoorlooftheid hiervan hangt af van het bestaan van de vordering (in de zin van subjectief vermogensrecht) waarvoor beslag wordt gelegd.³⁴¹

336 HR 7 februari 1986 (*Van Liere/Spruijt*), NJ 1986, 378.

337 Jossierand 1939, nr. 48. Zie bijv. Civ. II 25 oktober 1995, JCP 1995 IV, 2617 & 2639.

338 M. Storme 1986, nr. 28.

339 Okma 1945, nr. 86.

340 Zie bijv. Rb. Antwerpen 26 november 1987, RW 1989-90, p. 26. Vgl. Rb. Utrecht 2 oktober 1942, NJ 1942, 329.

341 Zie bijv. Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 405.

Het lopen van schikkingsonderhandelingen impliceert dat er een geschil is. Toch kunnen ook tijdens schikkingsonderhandelingen de omstandigheden van het geval een bijzondere zorgvuldigheid van eiser vergen ten aanzien van het instellen van een vordering in rechte. Zo kan vereist zijn dat de onderhandelingen worden beëindigd alvorens een vordering wordt ingesteld of dat het instellen van de vordering wordt aangekondigd. Dit laat zich funderen op de aard van de verhouding waarin onderhandelende partijen tot elkaar staan.³⁴²

3.3.1.12 Tardief ageren

141. Het instituut van de extinctieve verjaring stelt temporele grenzen aan de afdwingbaarheid in rechte van burgerlijke rechten. Door werking van de verjaringsregels gaan vorderingsrechten in de zin van art. 3:304 BW (zie § 3.3.1.1) teniet. Het karakter van de verjaringsregels vereist scherpste en ondubbelzinnigheid. Schuldenaren hebben behoefte aan zekerheid met betrekking tot het einde van de mogelijkheid in rechte te worden aangesproken over een bepaalde rechtsverhouding. Aan de andere kant hebben schuldeisers behoefte aan dezelfde zekerheid: zij moeten kunnen weten tot wanneer de mogelijkheid van een vordering in rechte openstaat.

Hierboven is al ingegaan op het instellen van een vordering die onmiskenbaar faalt op een verjaringsverweer (zie § 3.3.1.8). Ik concludeerde daar dat het instellen van een dergelijke vordering misbruik van bevoegdheid vormt. Ik kan hieraan overigens toevoegen dat in de Franse rechtspraak wordt geoordeeld dat het op het laatste moment voor het verlopen van een verjaringstermijn instellen van een vordering op zichzelf geen misbruik vormt.³⁴³

Het aan een subjectief recht verbonden vorderingsrecht in de zin van art. 3:304 BW kan behalve door verjaring nog op andere wijzen teniet gaan. De belangrijkste wijzen zijn afstand,³⁴⁴ overeenkomst en rechtsverwerking.³⁴⁵ Ik beperk mij tot deze laatste figuur. Zij vormt het spiegelbeeld van de mogelijkheid van beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ten opzichte van het verstrijken van een verjaringstermijn.³⁴⁶ “Van rechtsverwerking kan slechts sprake zijn indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het

342 HR 15 november 1957 (*Baris/Riezenkamp*), NJ 1958, 67 m.nt. LEHR.

343 Civ. II 6 februari 1957, D 1957, p. 211; Soc. II 16 mei 1974, Bull. IV, 568; Courtieu 1997, nr. 7.

344 Tjittes 1992a, nr. 2.

345 Wessels 1988, nr. 279; Tjittes 1992b, nr. 22; Asser/Hartkamp II 2001, nr. 328. Vgl. Valk 1993, p. 155-157.

346 Zie bijv. HR 28 april 2000 (*Erven van Hese/De Schelde*), NJ 2000, 430 en HR 28 april 2000 (*Erven Rouwhof/Eternit*), NJ 2000, 431 m.nt. ARB.

vervolgens geldend maken van het betrokken recht (...)”, zo definieert de Hoge Raad de figuur.³⁴⁷

Of van rechtsverwerking sprake is, valt doorgaans niet eenvoudig uit te maken. Enkel tijdsverloop is onvoldoende, anders zou de verjaringsregeling op onaanvaardbare wijze doorkruist worden.³⁴⁸ Voor het aannemen van rechtsverwerking is volgens de Hoge Raad de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden vereist, “(...) als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwakt in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.”³⁴⁹

Gezien de vaagheid van het rechtsverwerkingsbegrip zal niet vaak zo duidelijk sprake zijn van rechtsverwerking, dat een beroep op het tegendeel bij voorbaat kansloos moet worden geacht. Dit brengt mee dat slechts zelden kan worden geoordeeld dat het instellen van een vordering die afstuit op rechtsverwerking misbruik van bevoegdheid vormt.

In aansluiting op het bovenstaande verdienen nog twee punten opmerking. Ten eerste dat het tijdsverloop na de gebeurtenissen die een rol spelen voor een geschil een factor van betekenis kan zijn bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van misbruik van de bevoegdheid een vordering in te stellen. Zo zal langdurig contrair gedrag bij kunnen dragen aan het oordeel dat eiser niet in zijn eigen standpunt kan geloven. Een voorbeeld vormt de eiser die zich op dubieuze gronden beroept op de nietigheid van overeenkomsten die hij al tientallen jaren nakomt.³⁵⁰

Ten tweede merk ik op dat naast het vorderingsrecht in de zin van art. 3:304 BW (zie § 3.3.1.1) ook processuele rechten voor verwerking in aanmerking komen. Hierop zal ik ingaan in § 4.2.2.4.

3.3.1.13 *Bis in idem I: de winnende eiser ageert opnieuw*

142. Een eiser die zijn proces heeft gewonnen kan over exact hetzelfde punt opnieuw een procedure beginnen. Eiser heeft echter al een vonnis en hiermee is zijn rechtens te respecteren belang in beginsel voldoende gediend. Bij een tweede vonnis heeft eiser normaliter geen belang, terwijl gedaagde wel degelijk belang heeft bij het uitblijven van een nieuwe procedure. In een dergelijk geval ligt art. 3:303 BW voor toepassing gereed. Hierdoor kan misbruik van de bevoegdheid te procederen worden voorkomen. Hiernaast bestaat de mogelijkheid dat reeds het beroep op de bevoegdheid misbruik vormt en aldus een

347 HR 7 juni 1991 (*B./K. Bank*), NJ 1991, 708. In deze lijn ook Ph.A.N. Houwing 1968, p. 30; Tjittes 1992b, nr. 2 met nadere verwijzingen.

348 Valk 1993, p. 83.

349 HR 29 september 1995 (*Van den Bos/Provincial*), NJ 1996, 89.

350 Vgl. bijv. Civ. III 8 december 1981, JCP 1982 IV, 83. Zie ook M. Storme 1986, nr. 27.

onrechtmatige daad vormt. Dit staat niet reeds vast indien aan de voorwaarden van de toepassing van het (preventief werkende) art. 3:303 BW is voldaan. De mogelijkheid van repressieve werking moet zelfstandig worden onderzocht aan de hand van art. 3:13 lid 2 BW. Het object van toetsing is namelijk niet identiek: in het eerste geval is dat het belang bij een inhoudelijke procedure, in het tweede gaat het om de rechtmatigheid van het gedrag, gevormd door het initiëren van een proces.³⁵¹

Onder bijzondere omstandigheden kan een tweede procedure over hetzelfde onderwerp de toets van art. 3:303 BW wel doorstaan.³⁵² Een voorbeeld hiervan vormt het verkrijgen van een nieuwe ontruimingstitel in kort geding wanneer "(...) wisselingen in de persoon van de betrokkene bij de executie hebben plaatsgehad waardoor de executie van de eerste titel op moeilijkheden was gestuit, de veroordeelde tegen die executie bezwaar was blijven maken en er behoefte bestond duidelijk tot uitdrukking te brengen dat de tenuitvoerlegging kon geschieden met de sterke arm."³⁵³ In een dergelijk geval heeft eiser wel degelijk belang bij een nieuwe titel. Toetsing aan het belangvereiste van art. 3:303 BW is hier beslissend. De regel 'ne bis in idem' is hiernaast onnodig en maakt geen onderdeel uit van het Nederlandse burgerlijk procesrecht.³⁵⁴

Een aanverwante vraag is of iemand die reeds beschikt over een executoriale titel anders dan een vonnis, niettemin een vordering in rechte in mag stellen ter verkrijging van een vonnis waarmee hetzelfde executoriale effect kan worden bereikt als met de titel waarover reeds beschikt wordt. Okma meent dat in dit geval uitgangspunt moet zijn dat eiser geen belang heeft en dat het aan hem is het zelfstandige belang van zijn vordering te bewijzen.³⁵⁵ De Nederlandse rechtspraak oordeelt anders. In een arrest uit 1993 beslist de Hoge Raad met betrekking tot dwangbevelen die een executoriale titel opleveren dat "(...) het verweer dat een vordering voor de gewone rechter onnodig was, omdat de uitgevaardigde dwangbevelen reeds een executoriale titel opleveren, geen grond voor niet-ontvankelijkheid [kan] opleveren (...)."³⁵⁶

143. Ten slotte wil ik hier nog de splitsing tussen een declaratoire en condemnatoire vordering bespreken. Voor de toelaatbaarheid van een afzonderlijk declaratoir is art. 3:303 BW bepalend. Bij het instellen van een vordering tot

351 Van Nispen 1978, p. 174 nt. 182.

352 Bijv. Land/Eggens 1933, p. 231; Beukers 1994, p. 111.

353 HR 10 juni 1983 (*Peeters/Bogaers c.s.*), NJ 1983, 797.

354 Land/Eggens 1933, p. 230-231; Ten Kate 1962, p. 33 nt. 14 met nadere verwijzingen; Hugenholtz/Heemkerk 1998, nr. 122; Beukers 1994, p. 110-112 en 118; Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, nr. 55. Anders Asser/Anema & Verdam 1953, p. 316-317.

355 Okma 1945, nr. 86.

356 HR 17 september 1993 (*Severin/Detam*), NJ 1994, 118 m.nt. HER. Zie reeds HR 5 februari 1925 (*Boot/Hellingman*), NJ 1925, 400. Vgl. Hof Amsterdam 17 november 1938, NJ 1939, 669.

een zuiver declaratoire uitspraak is de rechter gehouden tot ambtshalve toetsing aan deze bepaling.³⁵⁷ De Hoge Raad heeft hieromtrent overwogen dat

“(...) de eisen van een behoorlijke procesvoering en het belang der rechtspleging medebrengen, dat de eiser niet willekeurig zijn rechtsvordering mag splitsen in afzonderlijke vorderingen betreffende erkenning van recht en veroordeling tot praestatie, en dat deze splitsing alleen toelaatbaar is wanneer bijzondere omstandigheden dit tot behoud van de eiser's rechten rechtvaardigen (...)”

Met betrekking tot de splitsing tussen de vordering tot vaststelling van onrechtmatig handelen en de vordering tot schadevergoeding betekent dit dat eiser

“(...) alleen dan afzonderlijke vaststelling (...) mag vorderen (...) wanneer er bijzondere omstandigheden zijn gesteld of gebleken, die aan een veroordeling ondanks het bestaan van een aanspraak vooralsnog in den weg staan maar wenselijk maken, dat hij althans het bestaan van de aanspraak reeds dadelijk door een bindende verklaring van de rechter veilig stelt (...)”³⁵⁸

Meer in het algemeen is de vraag naar het belang bij een zelfstandig declaratoir te beantwoorden “(...) door na te gaan wat, gegeven de bijzonderheden van de rechtsverhouding waarin partijen tot elkaar staan, de eisen van een goede procesorde meebrengen.”³⁵⁹

3.3.1.14 *Bis in idem II: de verliezende eiser ageert opnieuw*

144. Een regelmatig voorkomend geval dan de herhalende winnaar is de verliezende eiser die het opnieuw probeert, eventueel langs een andere weg of op andere wijze. Dit soort volhardendheid is voor de (opnieuw) gedaagde vaak kostbaar en frustrerend. Voordat laatstgenoemde de kans krijgt zich in de nieuwe procedure op het gezag van gewijsde van de uitspraak uit de vorige procedure te beroepen, kan al aanzienlijk (financieel en ander) leed geleden zijn. Bovendien is een dergelijk beroep op het gezag van gewijsde niet altijd afdoende, bijvoorbeeld wanneer de nieuwe vordering inhoudelijk (net) langs de objectieve omvang van het gezag van gewijsde³⁶⁰ heengaat. De figuur van misbruik van processuele bevoegdheid kan gedaagde hier enige hulp bieden.³⁶¹

357 HR 30 maart 1951 (*J./v.d.H.*), *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH; Heemskerk 1980a.

358 HR 30 maart 1951 (*J./v.d.H.*), *NJ* 1952, 29 m.nt. PhANH.

359 HR 27 februari 1998 (*Europeesche/OHRA*), *NJ* 1998, 764 m.nt. MMM. De opvatting van Van Nispen 2003, nr. 15 dat deze uitspraak ‘soepeler’ is dan het arrest uit 1952, deel ik niet. Het verschil in de overwegingen is eerder te verklaren door de algemenere strekking van de beslissing in het laatste arrest.

360 Beukers 1994, p. 66-105; Gras 1994, p. 272-288.

361 Zie bijv. Ktr. Zierikzee 16 februari 2001, *NJ* 2001, 400.

Ook hier biedt de Franse rechtspraak tal van voorbeelden. Zo sanctioneerde het Cour de cassation het oordeel dat degene die een vordering tot schadevergoeding instelt tegen een notaris nadat in een eerdere procedure tussen de twee reeds was gebleken dat de notaris niets te verwijten viel, misbruik van procesrecht maakt.³⁶²

De feitenrechter kan volgens het Cour de cassation tot het oordeel komen dat sprake is van misbruik van procesrecht op basis van eisers "(...) persistance (...) à replacer la discussion au stade antérieur au précédent arrêt avant dire droit et à tenter de remettre en question les principes déjà admis par une décision qui avait l'autorité de la chose jugée (...)." ³⁶³

In dit type zaak spelen bijkomende omstandigheden van het geval dikwijls een rol bij de oordeelsvorming. Vaak blijkt er in dit soort casus sprake te zijn van het kennelijke doel de wederpartij dwars te zitten.³⁶⁴ Bij de beoordeling op basis van de omstandigheden van het geval is als steeds, op straffe van cassatie, vereist dat de feitenrechter een *faute caractérisée* aantoont.³⁶⁵

Een variant op de herhalende verliezer is de samenwerking tussen partijen met gelijklopende belangen. Partij A stelt een vordering in jegens gedaagde X. Na afwijzing van de vordering stelt partij B, die dezelfde belangen heeft als A jegens X, eenzelfde vordering in. X kan zich jegens B niet beroepen op het gezag van gewijsde van de tussen hem en A gegeven uitspraak. Opnieuw procederen is slechts te vermijden indien B door het instellen van zijn vordering misbruik van bevoegdheid maakt. In een dergelijk geval heeft de Hoge Raad wegens een gebrek aan feiten en omstandigheden die op misbruik wijzen, een beroep op misbruik van bevoegdheid afgewezen.³⁶⁶

Een in kort geding gewezen vonnis heeft geen gezag van gewijsde.³⁶⁷ In een tweede kort geding is ruimte voor het innemen van nieuwe stellingen, zelfs als de betrokken feiten al eerder bekend waren. Dit kan anders zijn wanneer bijvoorbeeld de stellingen zonder redelijke grond zijn achtergehouden, terwijl gedaagde een redelijk belang had bij onmiddellijke behandeling en beslissing.³⁶⁸ Ook het achterwege blijven van hoger beroep in een eerder kort geding is op zichzelf onvoldoende grond voor het oordeel dat een nieuwe procedure misbruik van procesrecht vormt.³⁶⁹

362 Req. 11 januari 1943, *DC* 1944, 96.

363 Soc. 19 oktober 1966, *Bull.* IV, 787. Zie in vergelijkbare zin Civ. III 3 juni 1968, *Bull.* III, 314. Vgl. voor België Rb. Antwerpen 31 mei 1957, *RW* 1959-60, k. 603.

364 Vgl. bijv. Civ. III 12 april 1972, *JCP* 1972 IV, 132; Civ. III 3 maart 1981, *JCP* 1981 IV, 181; Civ. III 26 oktober 1983, *JCP* 1984 IV, 6.

365 Zie bijv. Civ. III 21 januari 1998, *D* 1998, IR p. 47.

366 HR 11 februari 2000 (*J.D./S.*), *NJ* 2000, 259. Zie ook de conclusie van A-G Bakels sub 2.16.

367 HR 16 december 1994 (*Kloes/Fransman*), *NJ* 1995, 213. Vgl. bijv. Com. 14 februari 1989, *Bull.* IV, 65; Civ. II 12 februari 1992, *JCP* 1992 IV, 1103; art. 1039 Ger.W.

368 HR 8 oktober 1993 (*Dogan/Staat*), *NJ* 1994, 508 m.nt. HJS.

369 HR 16 december 1994 (*Kloes/Fransman*), *NJ* 1995, 213.

Over de betekenis van de eisen van een goede procesorde in verband met herhaalde vorderingen zie § 4.4.2.1.

3.3.1.15 *Bis in idem III: de vordering tot uitleg van een eerdere uitspraak*

145. Een opmerkelijke mogelijkheid in het Franse³⁷⁰ en Belgische³⁷¹ burgerlijk procesrecht is de eis tot uitleg van een eerdere beslissing. In de rechtspraak zijn op basis van het misbruiklerstuk nadere ontvankelijkheidseisen voor een dergelijke vordering ontwikkeld. Met name gaat het erom dat er daadwerkelijk onduidelijkheid moet bestaan over de betekenis van een eerdere uitspraak en de nieuwe eis er niet toe strekt de rechter te bewegen zijn beslissing te wijzigen. Indien niet aan deze voorwaarden wordt voldaan, is de eis niet-ontvankelijk. Het instellen van een dergelijke niet-ontvankelijke eis zal gemakkelijk als misbruik van procesrecht kunnen worden beoordeeld.³⁷²

Ook in de Nederlandse rechtspraak is de mogelijkheid aangenomen uitleg van een eerdere uitspraak te verkrijgen.³⁷³ Aan te nemen valt dat deze mogelijkheid naar Nederlands recht door soortgelijke grenzen wordt beperkt als de in Frankrijk en België ontwikkelde.

De behoefte aan uitleg van uitspraken wordt overigens beperkt door de mogelijkheid uitspraken te rectificeren.³⁷⁴

3.3.1.16 *De laakbare (bij)bedoeling*

146. De bevoegdheid een vordering in rechte in te stellen is aan de rechtssubjecten gegeven tot bescherming van hun burgerlijke rechten. Van deze bevoegdheid mag gebruik worden gemaakt tot vaststelling, afdwinging of wijziging van burgerlijke rechten. Gebruik met een ander doel vormt misbruik van bevoegdheid. In deze paragraaf zal ik een aantal gevallen bespreken waarin sprake is van een laakbare (bij)bedoeling. Deze gevallen vormen geen gesloten en afzonderlijke categorie maar veeleer een verzameling casus waarbij de laakbare (bij)bedoeling als omstandigheid op de voorgrond treedt. Veel van de te noemen gevallen kunnen evenzeer als 'kansloze vordering' worden beschouwd.

Een algemeen probleem bij het beoordelen van een eis op een laakbare (bij)bedoeling vormt het feit dat het instellen van een eis vaak meerdere doelen tegelijk kan dienen. Op grond van objectieve maatstaven moet worden beoordeeld of het kennelijk gediende doel of de (verhouding tussen de) kennelijk

370 Art. 461 NCPC.

371 Art. 793 e.v. Ger.W.

372 Vgl. Req. 18 november 1907, *D* 1908 I, p. 91 en Rb. Brussel 2 mei 1960, *JT* 1961, p. 26 met nadere verwijzingen.

373 Zie HR 9 februari 1968 (*Koole/Vreeke en De Pagter*), *NJ* 1968, 282 m.nt. HD.

374 Art. 462 NCPC; art. 794 Ger.W.; art. 31 Rv.

gediende doelen van dien aard is of zijn dat er sprake is van misbruik van bevoegdheid.

De klassieke en meest menselijke laakbare (bij)bedoeling is het dwarszitten van de wederpartij. Zoals oorlog het voortzetten van politiek met andere middelen kan worden genoemd,³⁷⁵ is procederen niet zelden het voortzetten van animositeit met juridische wapens.

Wanneer onttaardt een dergelijke situatie in misbruik van procesrecht? Van de omstandigheden van het geval die hier in onderling verband bepalend zijn, vallen onder meer te noemen kansloosheid van de vordering, het ontbreken van belang bij de vordering,³⁷⁶ herhaling van procedures,³⁷⁷ tegenwerking bij pogingen tot schikking, irrelevante en/of kwaadaardige uitlatingen over de wederpartij³⁷⁸ en kennelijke rancune.³⁷⁹ Mijns inziens kan ook tijdens het proces vertoond gedrag bijdragen tot het achteraf gevelde oordeel dat het instellen van de eis misbruik van bevoegdheid vormde.

Een andere laakbare bijbedoeling bij het instellen van een vordering is het vertragen van het effectueren van een burgerlijk recht door gedaagde. Het belangrijkste geval is dat waarin eiser probeert, bijvoorbeeld via art. 438 Rv, dreigende executoriale maatregelen te doorkruisen.

Ook komt het voor dat het instellen van een eis geschiedt als pressiemiddel tot het verrichten van (rechts)handelingen door gedaagde waartoe deze niet verplicht is, bijvoorbeeld erkenning of afstand van rechten in de verhouding met eiser.³⁸⁰ Hieronder komt nog het gebruik van de faillissementsaanvraag als pressiemiddel aan de orde (zie § 3.3.1.17).

Ongeoorloofd is ook het instellen van een eis zonder de bedoeling een geschil met gedaagde door de rechter te laten beslissen.³⁸¹

Wie willens en wetens meer vordert dan waar hij recht op mag menen te hebben, louter om de mogelijkheid van hoger beroep te scheppen, maakt misbruik van bevoegdheid.³⁸²

3.3.1.17 Misbruik van de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken

147. Een faillissement betekent voor de failliet dat zijn gehele vermogen wordt geblokkeerd en afgewikkeld ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.

³⁷⁵ Von Clausewitz 1834, p. 140.

³⁷⁶ Zie bijv. Civ. III 30 september 1998, *JCP* 1998 IV, 3195.

³⁷⁷ Zie bijv. Civ. I 5 juli 1965, *D* 1966, Som. p. 5.

³⁷⁸ Zie bijv. Civ. I 10 mei 1977, *Bull.* I, 215.

³⁷⁹ Zie bijv. Com. 4 juli 1995, *GP* 1995, Pan. p. 231.

³⁸⁰ Zie bijv. Civ. III 26 oktober 1983, *JCP* 1984 IV, 6; Vrederechter Wetteren 13 juli 1989, *RW* 1989, p. 130.

³⁸¹ Zie bijv. Ktr. Amsterdam 31 maart 1982, *NJ* 1982, 449. Vgl. HR 27 juni 1986 (*De Pater/Tekstra*), *NJ* 1987, 354 m.nt. WLH.

³⁸² Rb. Gent 29 november 1950, *RW* 1950-51, k. 914.

Dit ingrijpende middel leent zich voor misbruik, met name³⁸³ van de kant van een of meerdere schuldeisers van degene wiens faillissement door hen wordt aangevraagd. Zo kan een faillissementsaanvraag op onrechtmatige wijze worden gebruikt als pressiemiddel of om iemand als concurrent te benadelen.

De Hoge Raad heeft in het arrest Weegewijs de doelgebondenheid van de bevoegdheid een faillissement uit te lokken vooropgesteld, door te beslissen

“(…) dat de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken – zooals de aard van dit rechtsmiddel medebrengt – den schuldeiser slechts is gegeven om daarmede zijn rechtmatige belangen te beschermen, en van dit rechtsmiddel niet een willekeurig, en met het oog op die belangen onnoodig, gebruik kan worden gemaakt, vermits zoodanig gebruik buiten de grenzen der door de wet verleende bevoegdheid valt (…).”³⁸⁴

De Hoge Raad vervolgt dat de feitenrechter in casu “(…) mitsdien (…),” terecht heeft aangenomen dat de Faillissementswet niet verplicht tot het uitspreken van een aangevraagd faillissement, “(…) indien een redelijk belang van den aanvrager bij de faillietverklaring niet aanwezig is (…).”

In zijn geciteerde overwegingen combineert de Hoge Raad de criteria ‘ontbreken van redelijk belang’ en ‘afwijking van het doel waartoe de bevoegdheid is gegeven’, waarbij rechtmatig en redelijk belang op één lijn gesteld worden. De bevoegdheid een faillissement uit te lokken heeft als doel het dienen van de redelijke ofwel rechtmatige belangen van de aanvrager. Kort gezegd is dit rechtmatige belang het zekerstellen van voldoening van een (zo groot mogelijk deel van een) opeisbare vordering op degene wiens faillissement wordt aangevraagd.

148. Mag het aanvragen van een faillissement mede als pressiemiddel dienen tot voldoening buiten faillissement? Ja, menen onder meer Meijers,³⁸⁵ Wachter³⁸⁶ en Wessels.³⁸⁷ C.E. Polak³⁸⁸ en Wessels³⁸⁹ wijzen op de praktijk dat een groot deel van de faillissementsaanvragen wordt ingetrokken na betaling of het treffen van een betalingsregeling.

Star Busmann keurt deze praktijk niet af voorzover uit het alsnog betalen volgt dat de debiteur niet in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen, omdat “(…) de bevoegdheid, een faillissement aan te vragen (…), is

383 Voor een voorbeeld van misbruik van de debiteur zelf zie Hof ‘s-Gravenhage 10 januari 1996, NJ 1997, 75, waarover Polak/Wessels I 1999, nr. 1338 en de daar aangehaalde bronnen, benevens HR 29 juni 2001 (MTW/FNV c.s), JOR 2001, 169.

384 HR 26 juni 1942 (Weegewijs), NJ 1942, 585.

385 Meijers 1935.

386 Wachter 1975, nr. 4.

387 Polak/Wessels I 1999, nr. 1327.

388 Polak/Polak 1999, p. 18.

389 Polak/Wessels I 1999, nr. 1327.

gegeven niet uitsluitend in zijn eigen belang, maar tevens in dat van alle andere schuldeisers (...).³⁹⁰ Dit lijkt in tegenstelling te staan tot hetgeen de Hoge Raad impliceert met de eerder geciteerde woorden "(...) zijn rechtmatige belangen (...)" uit het arrest van 1942 en de daarop gevolgde constante rechtspraak.

Naar Nederlands recht, zo kan uit het bovenstaande worden geconcludeerd, mag de faillissementsaanvraag in beginsel worden gebruikt als pressiemiddel tot nakoming van de eigen vordering. In Frankrijk wordt hier anders over gedacht:

"(...) l'ouverture d'une procédure collective ne peut être utilisée comme un moyen de pression pour amener le débiteur à exécuter ses obligations (...)."³⁹¹

De bevoegdheid een faillissement aan te vragen dient dus in de Nederlandse opvatting het eigenbelang van de crediteur bij zijn vordering. Zij vindt ten eerste haar grens waar uitoefening dit eigenbelang niet kan dienen. Als enig gunstig resultaat voor de aanvrager bij voorbaat is uitgesloten, heeft deze geen redelijke belang bij de aanvraag en moet de aanvraag worden afgewezen.³⁹² Laat dit zich bij de (summiere) behandeling van de aanvraag niet vaststellen, dan is er geen ruimte voor afwijzing van het verzoek tot faillietverklaring op de bedoelde grond, ook al is 'aannemelijk' dat er geen te executeren vermogen valt te verwachten. Het is dan aan de curator om een onderzoek in te stellen.³⁹³ Het faillissement moet de mogelijkheid bieden duidelijkheid te verkrijgen over mogelijke verhaalsobjecten.³⁹⁴ In de lagere Belgische rechtspraak wordt aangenomen dat het niet bestaan of de geringheid van de vordering van de aanvrager onder omstandigheden ook tot het oordeel kan leiden dat de aanvraag misbruik van bevoegdheid vormt.³⁹⁵

149. Ten tweede vindt de bevoegdheid een faillissement aan te vragen haar grens op grond van misbruik van bevoegdheid waar het eigenbelang van de verzoekende crediteur al afdoende langs andere wegen wordt of klaarblijkelijk kan worden gediend, bijvoorbeeld door een met voldoende waarborgen omklede minnelijke regeling³⁹⁶ of ostentatieve solventie van de schuldenaar zelf³⁹⁷ of een hoofdelijk verbonden medeschuldenaar.³⁹⁸

390 Star Busmann 1935.

391 Derrida, Godé & Sortais 1991, nr. 57; Cadiet 1992, nr. 107.

392 Bijv. Rb. Almelo 5 maart 1969, NJ 1970, 137; Rb. 's-Gravenhage 11 februari 1971, Prg. 1971, 642 m.nt. C.J. van Zeben. Zie ook Wachter 1975, nr. 5.

393 HR 10 mei 1974 (*Bedrijfsvereniging voor de Bouwnijverheid/X.*), NJ 1975, 267 m.nt. BW; HR 10 november 2000 (*Dantumadeel c.s./B. Beheer*), NJ 2001, 249 m.nt. PvS.

394 Zie A-G Langemeijer, conclusie sub 2.8 bij HR 12 maart 1999 (*W.M.*), NJ 1999, 400.

395 Zie Geinger, Colle & Van Buggenhout 1991, p. 459-460.

396 HR 26 juni 1942 (*Weegewijs*), NJ 1942, 585.

397 Vgl. Geinger, Colle & Van Buggenhout 1991, p. 460.

398 Hof 's-Gravenhage 25 september 1961, NJ 1962, 438.

Niet voldoende voor een beroep op gebrek aan redelijk belang op deze grond is volgens de Nederlandse rechtspraak echter de enkele mogelijkheid dat de aanvrager op andere wijze, bijvoorbeeld door de bevoegdheden verbonden aan een hypotheekrecht uit te oefenen, tot zijn recht zou kunnen komen.³⁹⁹

De Belgische rechtspraak lijkt op dit punt minder terughoudend⁴⁰⁰ en het Franse recht kent zelfs de regel, dat een faillissementsaanvraag op straffe van niet-ontvankelijkheid vergezeld moet gaan van een "(...) indication des procédures ou voies d'exécution éventuellement engagées pour le recouvrement de la créance."⁴⁰¹ In de lagere Franse rechtspraak wordt zelfs wel vereist dat de aanvrager van het faillissement bewijst dat hij daadwerkelijk individuele executoriale maatregelen heeft getroffen alvorens over te gaan tot een faillissementsaanvraag. Deze jurisprudentie staat echter mijn inziens op goede gronden ter discussie als strijdig met de tekst ("éventuellement") en strekking van zoëven geciteerde bepaling.⁴⁰² In het algemeen kan worden gesteld dat in het Belgische en Franse recht op dit punt de subsidiariteitsgedachte grotere invloed heeft dan in Nederland.

150. Ten derde vindt de bevoegdheid een faillissement aan te vragen haar grens waar de uitoefening kennelijk niet (voornamelijk) beoogt het eigenbelang van de verzoekende crediteur bij voldoening van zijn vordering te dienen, maar een ander, niet geoorloofd doel. Dit kan blijken uit de bijzondere omstandigheden van het geval. Zo heeft de feitenrechter wel vastgesteld dat een faillissementsaanvraag de strekking heeft het belang te dienen van een derdepandgever,⁴⁰³ een firmant uit een firma te verwijderen,⁴⁰⁴ de aanspraken van de schuldenaar op een ander te ondermijnen⁴⁰⁵ of degene wiens faillissement wordt aangevraagd "(...) buiten spel te zetten in de tussen partijen aanhangige procedures."⁴⁰⁶

Hierboven stelde ik vast dat een faillissementsaanvraag naar Nederlands recht in beginsel als pressiemiddel mag worden gebruikt. Onder bijzondere omstandigheden kan pressie tot betaling van een schuld een ontoelaatbaar doel van een verzoek tot faillietverklaring vormen. Een voorbeeld hiervan

399 HR 28 oktober 1949 (*J.Z./Rotterdamse Hypotheekbank*), NJ 1949, 743; HR 29 november 1969 (*Versteeg/Van den Bergh*), NJ 1969, 260; HR 18 juni 1982 (*X./Nederlandse Middenstandsbank*), NJ 1983, 1 m.nt BW; HR 10 mei 1996 (*Travel Line c.s./CZAV*), NJ 1996, 524. Vgl. HR 25 september 1998 (*M./Ontvanger*), NJ 1998, 894.

400 Vgl. Geinger, Colle & Van Buggenhout 1991, p. 460.

401 Art. 7 van Décr. 85-1388 van 27 december 1985, D 1986, p. 84.

402 Mestre 1985, nr. 30-32; Derrida, Godé & Sortais 1991, nr. 57, nt. 290 met nadere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

403 HR 4 september 1942 (*Twentsche Bank/Britsch Continentale Handel Maatschappij*), NJ 1942, 617.

404 Hof Amsterdam 21 maart 1956, NJ 1956, 481.

405 HR 31 augustus 1976 (*A.M.L./X.*), NJ 1977, 130.

406 Hof 's-Hertogenbosch 13 november 1996, NJ 1997, 445.

vormt het geval waarin de gezamenlijke crediteuren onderhandelen over een akkoord, en een van de crediteuren dit proces doorkruist door volledige voldoening van zijn vordering te eisen onder dreiging van het indienen van een faillissementsaanvraag.⁴⁰⁷ De Franse Cour de cassation heeft geoordeeld, dat het ten tweede male aanvragen van een faillissement zonder voldoende pogingen tot overleg over de nakoming van een onder druk van een eerdere aanvraag bereikt akkoord, misbruik van bevoegdheid vormt.⁴⁰⁸ Deze beslissing moet gezien worden in het licht van de in Frankrijk levende gedachte, dat een faillissementsaanvraag niet als individueel pressiemiddel mag dienen.⁴⁰⁹

Omstreden is of en in hoeverre het weigeren van een buitengerechtelijk akkoord grond kan zijn voor het afwijzen van een verzoek tot faillietverklaring wegens misbruik van bevoegdheid. In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam wordt geoordeeld dat verzoeker geen redelijk belang heeft bij het faillissement

“(…) nu de belangen van alle crediteuren (…) door de getroffen regeling niet aantoonbaar minder veilig zijn gesteld dan in geval van een faillissement, zodat reeds om die reden het verzoek moet worden afgewezen (…).”⁴¹⁰

Wachter vindt deze uitspraak kwestieus.⁴¹¹ Niettemin wordt ook in de meer recente lagere rechtspraak aangenomen dat de bevoegdheid een buitengerechtelijk akkoord te weigeren niet onbeperkt is.⁴¹²

151. In de literatuur bestaat onduidelijkheid over de grondslag van de verschillende beperkingen van de bevoegdheid een faillissement uit te lokken. Wachter meent dat het waarschijnlijk juist is, in de gevallen waarin een ander doel voorziet, “(…) niet zozeer het accent te leggen op het ontbreken van een redelijk belang, als wel op het rechtsmisbruik.”⁴¹³ Van Zebe,⁴¹⁴ Heemskerk⁴¹⁵ en Wessels⁴¹⁶ plaatsen casus waarin de rechtspraak spreekt van het ‘ontbreken van redelijk belang’ in de sleutel van art. 3:303 BW. Wessels plaatst de

407 Rb. Assen 29 april 1958, *NJ* 1959, 631.

408 Com. 5 december 1989, *Bull.* IV, 305, *D* 1990, IR p. 8, waarover Mestre 1990, p. 479-480 en Cadet 1992, nr. 107 met nadere verwijzingen.

409 Zie Derrida, Godé & Sortais 1991, nr. 57; Cadet 1992, nr. 107.

410 Rb. Rotterdam 12 april 1967, *NJ* 1967, 427.

411 Wachter 1983, nr. 2.

412 Ktr. Zaandam 16 juni 1994, *NJ* 1995, 206; Hof Amsterdam 18 juli 1996, *NJ* 1998, 198; Hof Leeuwarden 10 september 1997, *NJ* 1998, 930; Hof 's-Gravenhage 21 januari 1999, *NJ* 2000, 76.

413 Wachter 1975, nr. 5.

414 Van Zebe 1971.

415 Heemskerk 1980a.

416 Polak/Wessels I 1999, nr. 1329.

beperking op grond van art. 3:13 BW hier uitdrukkelijk naast,⁴¹⁷ evenals Bakels.⁴¹⁸

Dat ik mij met laatstgenoemde zienswijze niet kan verenigen, ligt na mijn betoog over de verhouding tussen de art. 3:13 en 3:303 BW (zie § 3.3.1.6) voor de hand. De regel van art. 3:303 BW vormt naar mijn mening een toepassing van het beginsel van art. 3:13 lid 1 BW. Geschiedt de toetsing vanuit het hypothetische geval dat het verzoek wordt toegewezen, dan is de bijzondere regel van art. 3:303 BW aan de orde. Preventieve toetsing op grond van art. 3:13 lid 2 BW levert hier dezelfde resultaten op. Wanneer aan één van de criteria is voldaan moet de aanvraag worden afgewezen. Hiervan moet worden onderscheiden de repressieve toetsing van de aanvraag aan art. 3:13 lid 2 BW. Leidt deze tot het oordeel dat de aanvraag misbruik van bevoegdheid vormt, dan staat hiermee vast dat de aanvrager onrechtmatig heeft gehandeld. Er kan sprake zijn van samenloop, bijvoorbeeld wanneer iemand ondanks de zekerheid dat er voor hem niets van het faillissement valt te verwachten (wat leidt tot afwijzing van een aanvraag na preventieve toetsing) toch een aanvraag doet met het doel de ander te schaden (hetgeen een onrechtmatige daad vormt).⁴¹⁹

Tot slot van deze paragraaf noem ik nog enige andere casus over misbruik van bevoegdheid rond faillissement. Zo kan de bevoegdheid te weigeren met een faillissementsakkoord in te stemmen (vgl. art. 145 Fw) worden misbruikt,⁴²⁰ evenals de bevoegdheid zich te verzetten tegen een uitdelingslijst (art. 184 Fw)⁴²¹ of de bevoegdheid zich te verzetten tegen de machtiging een onroerend goed uit de hand te verkopen.⁴²²

3.3.1.18 Andere gevallen

152. De Hoge Raad heeft met betrekking tot aan het instellen van een procedure voorafgaande eigenrichting beslist dat "(...) de enkele omstandigheid dat iemand eigenrichting heeft gepleegd (...) er niet aan in de weg staat "(...) dat hij zich ter zake van het zelfde geschil tot de burgerlijke rechter wendt."''⁴²³

Het instellen van een enquêteverzoek (art. 2:345 BW) met geen ander doel een procedure die belanghebbenden tegen verzoeker hebben lopen "van zich af te schudden" vormt misbruik van bevoegdheid.⁴²⁴

417 Polak/Wessels I 1999, nr. 1334.

418 A-G Bakels in zijn conclusie sub 2.3 bij HR 10 november 2000 (*Dantumadeel c.s./B. Beheer*), NJ 2001, 249 m.nt. PvS.

419 Vgl. Polak/Wessels I 1999, nr. 1339.

420 Hof Amsterdam 7 maart 1991, NJ 1992, 77.

421 HR 25 juni 1999 (*Credit Suisse c.s./Slijper c.s.*), NJ 1999, 667 m.nt. PvS.

422 Kh. Brugge 10 juni 1993, RW 1993-94, p. 1239.

423 HR 18 december 1992 (*De Moel/Scherpenzeel en Koning*), NJ 1993, 152.

424 Hof Amsterdam 10 december 1992, NJ 1993, 447.

3.3.1.19 Misbruik van het recht een vordering in te stellen: conclusie

153. Uitgangspunt is het recht van een ieder op toegang tot de burgerlijke rechter tot vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (vgl. art. 6 lid 1 EVRM). Dit recht kan meer specifiek worden gedefinieerd als het recht om over een pretentie van recht ten gronde te procederen (vgl. art. 30 NCPC). Door het instellen van een eis wordt op dit recht een beroep gedaan.

Het bestaan van het recht een vordering in te stellen is onafhankelijk van het bestaan van een door de eis gepretendeerd subjectief recht. Het recht een vordering in te stellen is echter niet onbegrensd. Waar de grenzen liggen die voortvloeien uit de misbruikfiguur, wordt in essentie bepaald door de omstandigheden van het geval. De misbruikcriteria leveren hulp bij het ordenen en wegen van die omstandigheden. Voor een helder beeld is het van belang groepen gevallen te onderscheiden. Essentieel is het echter het onderscheid in het oog te houden tussen twee verschillende mechanismen: preventieve en repressieve toetsing.

Wanneer in het kader van een preventieve toetsing tot misbruik wordt geconcludeerd, leidt dit ertoe dat onrecht wordt voorkomen. In het kader van het instellen van een vordering betekent dit, dat aan inhoudelijk procederen niet wordt toegekomen wegens, bijvoorbeeld, de onevenredigheid tussen de belangen die daarmee *zouden worden* gediend en die daarmee *zouden worden* geschaad. Art. 3:303 BW houdt een dergelijke preventieve toets in, maar ook de criteria van art. 3:13 lid 2 BW kunnen tot preventieve toetsing dienen. Art. 3:303 BW vormt een toepassing van de preventieve zijde van art. 3:13 BW.

Wanneer in het kader van een repressieve toetsing tot misbruik wordt geconcludeerd, houdt dit tevens de constatering in dat onrecht is geschied. In het kader van het instellen van een vordering betekent dit dat het instellen van de vordering een onrechtmatige daad vormt wegens, bijvoorbeeld, de afwezigheid van een rechtmatig belang dat ermee *is* gediend waartegenover de belangen van gedaagde staan die *zijn* geschaad. De criteria van art. 3:13 lid 2 BW kunnen tot repressieve toetsing dienen en vormen aldus speciales van “hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt” (art. 6:162 lid 2 BW).

154. Preventieve toetsing van ingestelde vorderingen geschiedt in Nederland regelmatig, met name in het kader van art. 3:303 BW. Repressieve toetsing lijkt daarentegen nauwelijks voor te komen.⁴²⁵ Hiermee wijkt de Nederlandse praktijk sterk af van de Franse en Belgische. In Frankrijk en België wordt een wankel e eis regelmatig beantwoordt met een reconventionele vordering tot schadevergoeding op grond van misbruik van de bevoegdheid een eis in te stellen. De hypothese dat in Nederland geen wegens misbruik van bevoegdheid

⁴²⁵ Hierop wijst ook Van Nispen 1978, nr. 160.

onrechtmatige vorderingen worden ingesteld lijkt mij een weinig plausibele verklaring van het geconstateerde verschil met de Franse en Belgische praktijk. Dit zou of betekenen dat Nederlandse advocaten beduidend voorzichtiger zijn dan hun Franse en Belgische confrères en collega's, of dat de normstelling in Nederland op dit punt sterk afwijkt. Beide lijken mij onwaarschijnlijk. Om mij tot de normstelling te beperken: aangezien rechtsvergelijkend onderzoek in het algemeen laat zien dat de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in Frankrijk, België en Nederland in belangrijke mate overeenkomt,⁴²⁶ ligt het in de rede op dit terrein geen fundamentele verschillen aan te nemen. Nu het Nederlandse recht op dit punt nog praktisch onontgonnen is, ligt het voor de hand inspiratie en argumentatie te ontleen aan de overvloedige Franse en Belgische jurisprudentie.⁴²⁷ Dit is temeer gelegitimeerd nu deze jurisprudentie is ingebed in een wettelijk kader (het *faute*-begrip van art. 1382-1383 Cc en 1382-1383 B.W.) dat in belangrijke mate overeenkomt met het onze (strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt; art. 6:162 lid 2 BW). Dat deze inspiratie en argumentatie zal leiden tot vergelijkbare uitkomsten valt te verwachten, nu de Franse, Belgische en Nederlandse rechtvaardigheid niet ver uit elkaar zullen liggen. Lord Bingham zegt het nog voorzichtig: "In a shrinking world (...) there must be some virtue in uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome."⁴²⁸ Helaas heeft de Hoge Raad recentelijk een kans op de rechtsontwikkeling in Nederland op dit punt vooruit te helpen laten liggen. Een cassatieberoep dat onrechtmatig ageren aan de orde stelde, is bij arrest van 28 juni 2002 met toepassing van art. 81 Wet RO verworpen. Dat de klachten in dit geval niet noopten "(...) tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling (...)")⁴²⁹ lijkt mij in het licht van het voorafgaande voor betwisting vatbaar.

3.3.2 Misbruik van de bevoegdheid verweer te voeren

3.3.2.1 *Uitgangspunten*

155. Burgerlijke procedures hebben geschillen over burgerlijke rechten tot voorwerp. Een ingestelde eis en het daaraan ten grondslag liggende standpunt stuiten doorgaans op afwijkende standpunten van gedaagde: het verweer.

426 Vgl. bijv. Van Dam 1989; Van Dam 1995; Bar 1996; Zweigert & Kötz 1996, p. 625-632; Nieuwenhuis 1998; Van Dam 2000.

427 Vgl. Asser/Vranken 1995, nr. 214; Bar 1996, Rn. 403-405.

428 Lord Bingham in House of Lords 20 juni 2002, [2002] 3 WLR 89, p. 119.

429 HR 28 juni 2002, JOL 2002, 386. P-G Hartkamp geeft in zijn conclusie sub 1 wel aan dat een vordering ter zake van onrechtmatig ageren niet kansloos is.

De twee strijdige pretenties van recht van eiser en gedaagde staan in principe op voet van gelijkheid tegenover elkaar. Dit wordt helder tot uitdrukking gebracht in art. 30 NCPC:

“L’action est le droit, pour l’auteur d’une prétention, d’être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l’adversaire, l’action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.”

Ook het verweer kan worden aangemerkt als een rechtsvordering in de zin van een pretentie van recht.

Evenals het recht om een vordering in te stellen vormt het recht verweer te voeren een fundamenteel recht dat krachtens art. 6 lid 1 EVRM aan ieder rechtssubject toekomt. Degene die verweer voert tegen een vordering in rechte, handelt in beginsel bevoegd (vgl. § 3.3.1.3).

Een zekere begrenzing van het recht om verweer te voeren is niet strijdig met het EVRM, zolang deze begrenzing een legitiem doel dient en de bevoegdheid niet op – in verhouding tot dat doel – disproportionele wijze inperkt (zie § 3.3.1.2). Ook de bevoegdheid tot het voeren van verweer kan worden misbruikt. De grenzen die bepalen waar deze bevoegdheid ophoudt en het misbruik begint, zijn van gelijke aard als de grenzen die ik hierboven heb beschreven aangaande de bevoegdheid tot het instellen van een vordering.

156. Bij de bevoegdheid verweer te voeren gaat het om een pretentie die losstaat van de daadwerkelijke rechtspositie van verweerder. Dit vloeit logisch voort uit het doel van de contentieuze procedure, namelijk uitmaken of en in hoeverre de pretentie van eiser dan wel die van gedaagde moet worden gehonoreerd. Deze onafhankelijkheid van de pretentie die besloten ligt in het verweer van gedaagde van zijn daadwerkelijke rechtspositie, betekent dat het toewijzen van de vordering van eiser met verwerping van het verweer van gedaagde niet *eo ipso* meebrengt dat gedaagde door het voeren van verweer misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Het voeren van verweer vormt in beginsel de uitoefening van een recht.⁴³⁰ Dat eiser hiervan nadeel ondervindt, is op zich onvoldoende voor het oordeel dat gedaagde misbruik van dit recht heeft gemaakt.⁴³¹

Wel is er samenhang tussen de uitkomst van de procedure en de pretentie van gedaagde in die zin, dat afwijzing van de vordering van eiser in principe betekent dat gedaagde geen misbruik van bevoegdheid kan hebben gemaakt,⁴³² zelfs als de vordering in hoger beroep anders wordt beoordeeld.⁴³³

430 Cadiet 1992, nr. 108; Courtieu 1997, nr. 17. Zie bijv. Civ. 25 januari 1938, *GP* 1938 I, p. 628; Civ. I 5 april 1954, *GP* 1954 I, p. 379; Civ. I 8 november 1976, *JCP* 1976 IV, 395.

431 Cadiet 1992, nr. 109; Civ. II 20 december 1973, *Bull.* II, 342.

432 Cadiet 1992, nr. 109; Courtieu 1997, nr. 17, beide met verwijzingen naar relevante rechtspraak. Zie voor uitzonderingen Fisselier 1979, nr. 443.

433 Cadiet 1992, nr. 109 met verwijzingen naar relevante rechtspraak.

Omgekeerd is toewijzing van de vordering van eiser een noodzakelijke voorwaarde voor het oordeel dat gedaagde misbruik van de bevoegdheid verweer te voeren heeft gemaakt.

Bij de beoordeling of er sprake is van misbruik van de bevoegdheid verweer te voeren geldt wat betreft de te hanteren maatstaf hetzelfde als voor de bevoegdheid een vordering in te stellen. Het criterium kan worden gekozen op basis van doelmatigheidsoverwegingen. Ook is het mogelijk zonder tussenkomst van een criterium op basis van de omstandigheden van het geval te oordelen. Cruciaal is dat de rechter expliciet en voldoende uitgebreid ingaat op de feitelijke grondslag waarop hij zijn oordeel baseert. Omdat het hier gaat om beperking van een fundamenteel recht gelden er hoge motiveringseisen (vgl. § 3.3.1.5).⁴³⁴

Ook een verweer kan onvoldoende belang hebben in de zin van art. 3:303 BW. In dat geval zal op grond van de preventieve werking van het misbruikleerstuk aan het verweer voorbij kunnen worden gegaan zonder op de nadere merites ervan in te gaan. Het aanvoeren zelf van een dergelijk verweer kan misbruik van procesrecht vormen. Dat het voeren van een verweer misbruik vormt staat met het terugwijzen van het verweer op grond van art. 3:303 BW nog niet vast, omdat het bij de toetsing van het aanvoeren van het verweer om een andere toets, namelijk repressieve toetsing van gedrag gaat.

3.3.2.2 Misbruik van exceptieve verweermiddelen

157. Het Nederlandse burgerlijk procesrecht gaat uit van een onderscheid tussen principale en exceptieve verweren. Exceptief zijn de verweren waarvan de gegrondbevinding ertoe leidt dat niet aan behandeling van de zaak zelf wordt toegekomen. Te noemen valt een beroep op onbevoegdheid van de rechter of nietigheid van de dagvaarding. Deze verweren moeten tegelijkertijd bij conclusie van antwoord (dit geldt ondanks de tekst van art. 11 en 110 lid 1 Rv ook voor de exceptie van onbevoegdheid⁴³⁵) op straffe van verval van het recht zich op de excepties te beroepen (art. 128 lid 3 Rv) worden gevoerd. Principale verweren kunnen steeds worden gevoerd, tenzij bij conclusie van antwoord geen principaal verweer is gevoerd.⁴³⁶

Het Franse procesrecht kent ook principale (*défenses au fond*) en exceptieve verweren (*exceptions*) en gaat uit van soortgelijke regels met betrekking tot

⁴³⁴ Zie bijv. Civ. 30 juli 1930, *DH* 1930, 539; Civ. 22 mei 1935, *S* 1935 I, 383; Civ. 22 februari 1950, *S* 1950 I, 183; Civ. I augustus 1950, *S* 1950 I, 100; Civ. I 5 april 1954, *GP* 1954 I, p. 379; Cass. 29 november 1962, *Pas.* 1963 I, p. 406; *RW* 1962-63, k. 1529; Civ. I 2 juni 1970, *D* 1970, Som. p. 191; Civ. I 16 februari 1983, *JCP* 1983 IV, 140.

⁴³⁵ HR 29 april 1994 (*Edelsyndicaat/Van Hout*), *NJ* 1994, 488; *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 118-119 (MvT).

⁴³⁶ Zie voor dit alles Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 144; Hugenholtz/Heemskerck 2002, nr. 64 en 66.

het aanvoeren van *exceptions* (art. 74 NCPC) en het voeren van principaal verweer (art. 72 NCPC) als het Nederlandse recht.

Ook het Belgische procesrecht heeft als uitgangspunt dat verweren ten gronde in elke stand van het geding kunnen worden gevoerd.⁴³⁷ De opschortende excepties moeten tegelijkertijd voor alle weren worden voorgedragen (art. 868 Ger.W.).

De temporele beperking van de mogelijkheid exceptieve verweren te voeren staat voor een belangrijk deel in de weg aan het misbruiken van deze bevoegdheid om het geding te vertragen.⁴³⁸

158. Het Belgische en Franse procesrecht wijken af van de Nederlandse indeling door het onderscheiden van een derde categorie verweren: *les fins de non-recevoir* oftewel middelen van ontoelaatbaarheid. Deze categorie laat zich situeren tussen de *défenses au fond* en de *exceptions*. Art. 122 NCPC noemt onder meer het ontbreken van belang, verjaring en gezag van gewijsde.⁴³⁹ Deze verweren hebben gemeen dat hun gegrondheid reeds op basis van eisers stellingen kan worden beoordeeld (art. 122 NCPC: "(...) sans examen au fond (...)"). Gegrondbevinding betekent dat aan de vraag naar de juistheid van eisers stellingen niet hoeft te worden toegekomen. In het Nederlandse recht zijn de genoemde verweren principaal en leiden soms tot niet-ontvankelijkheid, soms tot ontzegging van de eis.⁴⁴⁰ Zowel het Franse, het Belgische⁴⁴¹ als het Nederlandse recht laten toe de genoemde verweren in elke stand van de zaak te voeren. De Nouveau Code de Procédure Civile bepaalt hierbij echter expliciet, dat het onnodig laat voeren van een dergelijk verweer met de bedoeling het geding te vertragen grond kan geven tot een vordering tot schadevergoeding (art. 123 NCPC). Het gaat hier om een toepassing van het misbruikleerstuk.⁴⁴²

Zowel het Franse (art. 112-115 NCPC), Het Belgische (art. 860-867 Ger.W.) als het Nederlandse burgerlijk procesrecht (art. 65 en 120-122 Rv) beperken de mogelijkheden en gevolgen van nietigheid van proceshandelingen in sterke mate.⁴⁴³ Dit voorkomt (zwaarwegende gevolgen van) misbruik goeddeels.

In het Franse procesrecht is een uitzondering toegelaten op de bovengenoemde temporele beperking voor het beroep op nietigheid op grond van, kort gezegd, het ontbreken van procesbevoegdheid (art. 117 en 118 NCPC). Bij deze uitzondering vermeldt de wet echter expliciet dat gebruik van deze

437 Maes 1996, p. 101.

438 Maar zie Woog 1972, nr. 6.

439 Zie overeenkomstig voor België Maes 1996, p. 101.

440 Hugenholtz/Heemkerk 2002, nr. 66 en 118.

441 Zie voor de 'exceptie' van gewijsde art. 27 Ger.W.

442 Desdevises 1979, p. 22. Anders Blary-Clément 1991.

443 Zie bijv. Hugenholtz/Heemkerk 2002, nr. 61.

bevoegdheid met het doel het geding te vertragen grond kan geven voor een vordering tot schadevergoeding. Grondslag is ook hier de misbruikfiguur.⁴⁴⁴

Er is weinig rechtspraak over misbruik van exceptieve verweermiddelen op zichzelf. Dit hangt samen met de effectiviteit van de preventieve mechanismen die in het wettelijk systeem zijn ingebakken. Vaker zal het opwerpen van exceptieve verweren een van de factoren kunnen zijn die het oordeel rechtvaardigen dat gedaagde misbruik van zijn verdedigingsbevoegdheid maakt.

Een voorbeeld van misbruik van de bevoegdheid zich op rechterlijke onbevoegdheid te beroepen biedt een uitspraak van de Hoge Raad uit 1994. In een eerdere zaak tussen partijen voor de pachtrechter deed gedaagde een geslaagd beroep op onbevoegdheid. Het oordeel van het Hof dat het onder deze omstandigheden vervolgens voor de gewone burgerlijke rechter voeren van een bevoegdheidsverweer op de grond dat de pachtrechter bevoegd is, misbruik van bevoegdheid vormt, geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁴⁴⁵ In casu ging het om preventieve toetsing. In het onderhavige geval had ook repressieve toetsing van de handeling waarbij een beroep op de onbevoegdheid werd gedaan naar mijn mening tot het oordeel geleid dat sprake is van misbruik van bevoegdheid en dus van een onrechtmatige daad.

3.3.2.3 *Het kansloze principale verweer*

159. Het onjuist zijn van een verweer maakt het voeren van dit verweer niet eo ipso onrechtmatig. Dit betekent echter niet dat gedaagde elk willekeurig verweer tegen een vordering mag voeren. Ergens ligt de grens tussen het zwakke, maar verdedigbare standpunt van een gedaagde en het verweer dat zodanig is dat gedaagde niet heeft kunnen en mogen denken dat het enige kans van slagen zou hebben.

Verweren met betrekking tot de betekenis van toepasselijke regels zijn, ook al onjuist, geoorloofd voorzover er redelijkerwijs discussie over de betekenis van de regel mogelijk is. Hoe scherper en duidelijker de regel, des te hoger de eisen die aan een verweer dat tegen deze regel ingaat, kunnen worden gesteld. Het ontbreken van een serieuze argumentatie wijst op misbruik.⁴⁴⁶ Hier geldt hetzelfde als wat hierboven over de eis die strijdt met geldend recht is opgemerkt (zie § 3.3.1.8).⁴⁴⁷

Verweren met betrekking tot de feiten zijn, ook al onjuist bevonden, geoorloofd voorzover gedaagde te goeder trouw is met betrekking tot de inhoud

⁴⁴⁴ Desdevises 1979, p. 22. Anders Blary-Clément 1991.

⁴⁴⁵ HR 4 november 1994 (*Oerlemans/Oerlemans*), NJ 1996, 485 m.nt. WMK. Vgl. BGH 20 mei 1968, JZ 1968, p. 569, waarover kritisch Baumgärtel 1973, p. 362.

⁴⁴⁶ Zie bijv. Civ. III 15 april 1982, JCP 1982 IV, 220.

⁴⁴⁷ Zie nader Woog 1972, nr. 36-41. Vgl. Civ. III 25 juni 1969, Bull. III, 515; Cass. 30 januari 1970, Pas. 1970 I, p. 458; Civ. II 28 maart 1973, D 1973, IR p. 117; Civ. II 16 juni 1993, JCP 1993 IV, 2118.

van zijn verweer. Een feitelijk verweer waarvan hij wist of moest weten dat dit strijdig is met de waarheid is niet geoorloofd (zie § 2.2.7.4).⁴⁴⁸ Ook deze maatstaf komt overeen met wat mijns inziens moet gelden voor de feitelijke grondslag van een eis (zie § 3.3.1.9).

3.3.2.4 De laakbare (bij)bedoeling bij een principaal verweer

160. De belangrijkste laakbare (bij)bedoeling bij het voeren van verweer is ongetwijfeld het vertragen van het procesverloop. Een dergelijke (bij)bedoeling kan worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval (zie § 2.4.6) en leiden tot het oordeel dat sprake is van misbruik.⁴⁴⁹ Het kansloos zijn van het gevoerde verweer oftevel de onbetwifelbare gegrondheid van de vordering vormt hier een belangrijke factor.⁴⁵⁰ Waar redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is over de gegrondheid van de vordering, dringt zich al snel het oordeel op dat het voeren van een verdediging gericht is op het uitstellen van de nakoming van verplichtingen.⁴⁵¹ Onvoldoende voor het oordeel dat sprake is van misbruik is echter het enkele feit dat een procedure zeer lang duurt.⁴⁵²

Voor het oordeel dat van een laakbare bedoeling en dus misbruik sprake is, acht de Franse cassatierechter overigens onvoldoende dat de gedaagde zich niet wenst uit te laten omtrent zijn motieven bij het voeren van verweer.⁴⁵³

In het op een laat moment inbrengen van verweer kan een vertragsbedoeling gelegen zijn. Vast uitgangspunt is echter dat nieuwe principale verweeren ('*défenses au fond*') steeds mogelijk zijn, ook al hadden ze wellicht eerder kunnen worden gevoerd.⁴⁵⁴ Het Franse Cour de cassation heeft geoordeeld dat het enkele feit dat een verweer eerder had kunnen worden ingeroepen, niet het oordeel rechtvaardigt dat gedaagde misbruik van procesrecht heeft gemaakt.⁴⁵⁵ Tegen late verweeren past met name preventief optreden door het passeren ervan. Zie hierover nader § 4.4.4.2.

448 Zie Woog 1972, nr. 20-21. Vgl. Rb. Charleroi 14 juli 1949, *JT* 1950, p. 139; Kh. Gent 26 april 1954, *RW* 1954-55, k. 948; Com. 9 maart 1976, *Bull.* IV, 84; Com. 23 mei 1977, *Bull.* IV, 147.

449 Zie bijv. Civ. III 12 februari 1980, *JCP* 1980 IV, 168.

450 Zie Fisselier 1979, nr. 443. Voorbeelden uit de rechtspraak: Hof Luik 27 oktober 1947, *Pas.* 1947 II, p. 61; Hof Gent 28 juni 1954, *RW* 1954-55, k.851; Civ. I 1 december 1958, *Bull.* I, 529; Hof Brussel 20 oktober 1962, *Pas.* 1963 II, p. 123; Hof Brussel 26 februari 1964, *Pas.* 1964 II, p. 86; Cass. 13 april 1967, *Pas.* 1967 I, p. 954; Civ. I, 21 juli 1969, *D* 1970, Som. p. 17; Cass. 30 januari 1970, *Pas.* 1970 I, p. 458; Soc. 11 maart 1970, *D* 1970, p. 548; Civ. II 28 maart 1973, *D* 1973, IR p. 117; Rb. Brussel 24 februari 1976, *Pas.* 1976 III, p. 61; Com. 18 maart 1980, *Bull.* IV, 128, *D* 1980, IR p. 461 m.nt. Pierre Julien; Civ. I 13 december 1994, *D* 1995, p. 496; Rb. Antwerpen 7 mei 1997, *RW* 1998-99, p. 309; Kh. Brussel 7 juni 2001, *TBBR* 2001, p. 491.

451 Cadet 1992, nr. 113.

452 Civ. III 18 februari 1998, *JCP* 1998 IV, 1809.

453 Civ. I 12 juni 1968, *JCP* 1969 II, 15584.

454 Zie art. 72 NCPC; art. 128 lid 3 Rv; Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, nr. 144.

455 Com. 15 november 1982, *GP* 1983, Pan. p. 97 m.nt. SG.

Een andere laakbare bijbedoeling is het doel eiser te bewegen tot het verrichten van rechtshandelingen, zoals met name het aangaan van een schikking. Vaak zal het veroorzaken van vertraging hierbij een belangrijk middel zijn.

3.3.3 Misbruik van andere processuele bevoegdheden

3.3.3.1 Misbruik bij voorlopige bewijslevering

161. Het Nederlandse burgerlijk procesrecht biedt de mogelijkheid van voorlopige bewijslevering (art. 186-193 en 202-207 Rv). Dit maakt het bijvoorbeeld mogelijk alvorens te besluiten om een procedure te beginnen informatie te vergaren teneinde de proceskansen in te kunnen schatten. Voorlopige bewijslevering kan tevens voorkomen dat bewijs verloren gaat. Ook kan voorlopige bewijslevering de kansen op een schikking vergroten, doordat de wederzijdse posities duidelijker worden.⁴⁵⁶ Voorlopige bewijslevering kan parallel aan een lopende procedure geschieden (art. 186 lid 2 en 202 lid 2 Rv).

Om tot voorlopige bewijslevering over te kunnen gaan is rechterlijk verlof nodig. De belangrijkste afwijzingsgrond is misbruik van bevoegdheid. De figuur heeft hier preventieve werking: wanneer de rechter tot misbruik concludeert, wordt aan de uitoefening van de bevoegdheid tot voorlopige bewijslevering niet toegekomen. In de rechtspraak over misbruik van de bevoegdheid tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor stelt de Hoge Raad het onevenredigheids criterium voorop:

“Een verzoek tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor kan niet worden afgewezen op de enkele grond dat het belang van de verzoeker minder zwaar weegt dan het belang van de wederpartij. Wel kan (...) afwijzing hierop worden gegrond dat wegens de onevenredigheid van de daarbij betrokken belangen de verzoeker in redelijkheid niet tot het uitoefenen van deze bevoegdheid kan worden toegelaten of deze anderszins misbruik van zijn bevoegdheid maakt (...).”⁴⁵⁷

Onder het Nederlandse bewijsrecht van voor 1988 poogde men het middel van voorlopig getuigenverhoor wel te misbruiken om informatie aan een aspirant-wederpartij in een burgerlijk geding te ontlokken. Nu het nieuwe bewijsrecht de partij-getuige zonder meer toelaat (art. 164 lid 1 Rv) is de oude rechtspraak hierover⁴⁵⁸ niet meer direct relevant.

⁴⁵⁶ Hugenholtz/Heemskerk 2002, nr. 90; Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, nr. 232.

⁴⁵⁷ HR 19 februari 1993 (*Automobielbedrijf/Pierik*), NJ 1994, 345 m.nt. HJS. Zie in overeenkomstige zin reeds HR 6 februari 1987 (*Slingerland/Gem. Amsterdam*), NJ 1988, 1 m.nt. WHH en HR 11 maart 1988 (*Sobi en Lakeman/Hollandia-Kloos en Lubbers*), NJ 1988, 747 m.nt. WHH.

⁴⁵⁸ Zie bijv. HR 1 februari 1963 (*De Roos/Escomptobank*), NJ 1964, 157 m.nt. JHB, gevolgd door Hof 's-Gravenhage 13 november 1963, NJ 1965, 249; Rb. Amsterdam 16 mei 1969, NJ 1969,

Een voorlopig getuigenverhoor mag maar mijn mening niet dienen tot het enkele inwinnen van vertrouwelijke informatie, zonder dat het de bedoeling is deze informatie eventueel als basis voor een procedure te gebruiken. Wanneer verzoeker wel een procedure overweegt, gaat het om de toetsing van eventuele onevenredigheid van de belangen bij het geheim blijven van de informatie en het gebruik daarvan in het procedure.⁴⁵⁹

In beginsel mag het voorlopig getuigenverhoor worden gebruikt om achter de identiteit van een mogelijke wederpartij te komen.⁴⁶⁰ Onder bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn.⁴⁶¹

Het feit dat nog niet gepoogd is via andere bronnen relevante informatie te vergaren betekent op zichzelf niet steeds dat een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor wegens misbruik van bevoegdheid moet worden afgewezen.⁴⁶² Zo kan soms van te voren duidelijk zijn dat het bewandelen van andere wegen zinloos is.

Wanneer het verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor "(...) niet betrekking heeft op het bewijs van de kern van de feiten die als grondslag in aanmerking komen voor een vordering (...) als verzoekster stelt voornemens te zijn in te stellen (...) " is dit een belangrijke factor voor de beantwoording van de vraag of verzoeker niet tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor kan worden toegelaten.⁴⁶³

In de rechtspraak wordt de misbruikfiguur preventief toegepast bij de beoordeling van een verzoek om het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor. Denkbaar is echter dat misbruik pas blijkt bij de uitoefening van de bevoegdheid zelf. Mijns inziens staat toewijzing van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor niet in de weg aan het oordeel achteraf dat het uitoefenen van de bevoegdheid tot het houden van het verhoor op de wijze zoals dat is geschiedt, misbruik van bevoegdheid vormt en dus onrechtmatig is.

3.3.3.2 Misbruik van bevoegdheid bij bewijslevering

162. "Het leveren van bewijs geschiedt", aldus Heemskerk, "in veel gevallen in een bewijsincident, een verwikkeling in de procedure, waardoor de gewone behandeling van de hoofdzaak (...) wordt onderbroken en vertraagd."⁴⁶⁴ Deze stelling geldt in haar algemeenheid ook voor het Franse en Belgische bewijs-

373; HR 30 september 1983 (*Kuiper en Thunissen/Douma en Van den Berg*), NJ 1984, 183 m.nt. G; HR 4 oktober 1985 (*Withaar/Euroboek*) NJ 1986, 52.

459 Vgl. Hof Amsterdam 8 januari 1998, NJ 1998, 750.

460 Hof Amsterdam 5 juli 1984, NJ 1985, 432.

461 Zie bijv. HR 6 februari 1987 (*Slingerland/Gem. Amsterdam*), NJ 1988, 1 m.nt. WHH en HR 3 februari 1989 (*Wouters/Amsterdam*), NJ 1989, 376.

462 Hof 's-Gravenhage 12 september 1986, NJ 1988, 30.

463 HR 24 juni 1988 (*Van Ewijk/Staat*), NJ 1989, 121 m.nt. JBMV.

464 Hugenholtz/Heemkerk 2002, nr. 81.

recht.⁴⁶⁵ Een belangrijke vorm van misbruik van bevoegdheid bij bewijslevering bestaat dan ook uit handelen met de bedoeling het proces te vertragen. Woog stelt over de bewijsinstructie: “C’est là un domaine favori pour la manoeuvre dilatoire.”⁴⁶⁶

Op verdragingsgedrag in het algemeen ben ik al ingegaan in § 2.4. De daar genoemde factoren, zoals het zetten van zinloze of een onnodig aantal stappen, zijn ook hier relevant.

Een voorbeeld van dit type verdragingsgedrag biedt een uitspraak van de Franse Cour de cassation waarin deze heeft geoordeeld dat de feitenrechter op grond van het verzoek van een gedaagde om een derde deskundigenbericht zonder daarvoor enige redelijke grond aan te voeren, gedaagde heeft kunnen veroordelen tot schadevergoeding wegens misbruik van bevoegdheid.⁴⁶⁷

Maar bewijsbevoegdheden kunnen ook buiten de verdragingsbedoeling misbruikt worden. De feitenrechter die vaststelt dat een eiser “(...) n’a pas craint, à l’appui de sa demande de se servir de documents qu’il sait ne pas correspondre à la vérité et comme tels dénués de toute valeur (...)” kan op basis daarvan in combinatie met de vaststelling dat de kwade trouw van eiser uit alles blijkt, tot het oordeel komen dat laatstgenoemde misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt en hem tot schadevergoeding veroordelen.⁴⁶⁸

Vermelding verdient nog dat de Hoge Raad van oordeel is dat de mogelijkheid een beroep te doen op het verwanten-verschoningsrecht van art. 165 lid 2 sub a Rv naar haar aard niet kan worden misbruikt.⁴⁶⁹ Dit verschoningsrecht komt echter niet toe aan procespartijen zelf.⁴⁷⁰ De Hoge Raad is van oordeel dat het functionele verschoningsrecht van art. 165 lid 2 sub b Rv wel aan procespartijen toekomt.⁴⁷¹ Uit het arrest *Curatoren Ogem/Mr. Maas*⁴⁷² laat zich afleiden dat ook voor een partij de mogelijkheden zich op het functionele verschoningsrecht te beroepen niet onbegrensd zijn.⁴⁷³ De grenzen vloeien ook hier voort uit het misbruikleerstuk. Met name het belang van de waarheidsvinding kan bij de misbruiktoets in dit soort gevallen gewicht in de schaal leggen.

465 Zie respectievelijk art. 143-322 NCPC en art. 883-1016bis Ger.W.

466 Woog 1972, nr. 7.

467 Soc. 11 juni 1953, *Bull.* IV, 436. Vgl. Hof Arnhem 10 februari 1987, *NJ* 1988, 762 waarbij in een soortgelijk geval gekozen wordt voor sanctionering via aanpassing van de proceskostenveroordeling.

468 Civ. I 13 mei 1958, *Bull.* I, 239.

469 HR 8 mei 1998 (*B./P.C. en E.C.C.*), *NJ* 1998, 606.

470 HR 19 februari 1993 (*Goosen/Goosen*), *NJ* 1994, 344 m.nt. HJS.

471 HR 9 augustus 2002 (*Herengracht 179-197/Mr. S.*), *RvdW* 2002, 129.

472 HR 1 maart 1985 (*Curatoren Ogem/Mr. Maas*), *NJ* 1986, 173 m.nt. WLH onder 176.

473 Vranken 2002, p. 777.

3.3.3.3 Misbruik bij andere incidenten

163. Met betrekking tot incidenten stelt Woog: “(...) le défendeur puise d’excellents moyens dilatoires dans différents incidents.”⁴⁷⁴ Ook Heemskerk maakt gewag van het vertragend karakter van incidenten.⁴⁷⁵

“Vrijwaring compliceert en vertraagt een procedure (...) aanzienlijk.”⁴⁷⁶ Een ideaal middel dus voor de gedaagde die zand in de processuele machine wil strooien. Maar ook uitoefening van andere incidentele vorderingsmogelijkheden, zoals een wrakingsverzoek,⁴⁷⁷ kan neerkomen op misbruik van bevoegdheid. Wanneer dit zo is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Van die omstandigheden noem ik hier (zie ook § 2.4) de kans op toewijzing, de kansen in de hoofdzaak en de eventuele serie-schakeling met andere (kansloze) incidenten. Juist de houding en wijze van procederen als geheel beschouwd kan het oordeel rechtvaardigen dat misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt.⁴⁷⁸

Na verloop van een jaar zonder dat de partij die aan zet is een proceshandeling verricht, kan de wederpartij verval van instantie vragen (art. 251 lid 1 Rv). In de Nederlandse rechtspraak wordt er vanuit gegaan dat van deze bevoegdheid misbruik kan worden gemaakt, maar gelet op de aard van de bevoegdheid zal niet snel worden geoordeeld dat van misbruik sprake is.⁴⁷⁹

3.3.3.4 Andere gevallen van misbruik van processuele bevoegdheid

164. Asser⁴⁸⁰ wijst op de interessante mogelijkheid dat misbruik wordt gemaakt van de bevoegdheid een beroep te doen op het gezag van gewijsde. Hij ziet hierin een nuttig correctief op het gezag van gewijsde van evident onjuiste of onbillijke uitspraken. Ik deel deze visie.

De bevoegdheid tot het instellen van een vordering in reconventie kan worden misbruikt,⁴⁸¹ met name om het geding te vertragen. Via reconventie kan de mogelijkheid van hoger beroep worden geschapen (zie art. 332 lid 3 Rv), waarmee weer extra vertraging kan worden veroorzaakt.

In een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch wordt misbruik van het recht op pleidooi (art. 134 lid 1 Rv) mogelijk geacht.⁴⁸²

474 Woog 1972, nr. 9.

475 Heemskerk 1998, nr. 94.

476 Snijders, Ynzonides en Meijer 2002, nr. 181.

477 Zie art. 39 lid 4 Rv.

478 Zie bijv. Req. 10 januari 1910, *DP* 1911 I, 370; Soc. 17 maart 1977, *Bull.* V, 207.

479 zie bijv. HR 20 april 1990 (*Paktank/Parisbas*), *NJ* 1991, 37; Hof Arnhem 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 297.

480 Asser (*Burgerlijke Rechtsvordering* I) (oud), art. 67, aant. 13.

481 Zie Woog 1972, nr. 8.

482 Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1992, *NJ* 1992, 595. Vgl. HR 15 maart 1996 (*Boumans/t Plenske II*), *NJ* 1997, 341 m.nt. HJS.

3.3.4 Misbruik van rechtsmiddelen

3.3.4.1 Misbruik van hoger beroep

165. “Het hoger beroep strekt niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in de eerste aanleg gegeven beslissing, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak.”⁴⁸³ Uit deze door de Hoge Raad gegeven omschrijving van de strekking van de bevoegdheid om in hoger beroep te gaan kan worden afgeleid dat deze bevoegdheid de rechtzoekenden met name is gegeven om twee doelen te dienen. Ten eerste ter controle van de juistheid van de beslissingen en waarderingen van de rechter in eerste aanleg. Ten tweede om “(...) de appellerende partij de gelegenheid te bieden tot het verbeteren en aanvullen van hetgeen zij zelf in eerste aanleg heeft gedaan of nagelaten.”⁴⁸⁴

De appelbevoegdheid is dus doelgebonden, maar, zoals uit het bovenstaande blijkt, de betrokken doelen worden ruim opgevat. Misbruik van het recht op appel wordt in Nederland niet snel aangenomen.⁴⁸⁵

Bekend is een reeks gevallen uit de jaren ‘50 van de 20ste eeuw, waarin het erom ging of iemand die op het laatste moment in hoger beroep gaat tegen een vonnis in conventie, waardoor hoger beroep van de wederpartij tegen een vonnis in reconventie wordt verijdeld, misbruik van procesrecht maakt, in aanmerking genomen dat de wederpartij hierdoor het in eerste aanleg toegekende recht op alimentatie verliest. Het Hof ‘s-Gravenhage heeft in een dergelijk geval vastgesteld dat

“(...) deze instelling van hoger beroep ten dage en ter ure waarop die is geschiedt niet strekte ter uitvoering van een voornemen de beslissing van het Hof op door appellant in te brengen grieven te verkrijgen (...).”

De Hoge Raad oordeelt vervolgens

“(...) dat dit gebruik van het rechtsmiddel van hoger beroep, dat opzettelijk eerst in de laatste ogenblikken van den beroepstermijn is ingesteld met geen ander doel dan om zonder enig in redelijkheid te respecteren belang van een man die niet-ontvankelijkheid van de vrouw in haar eis in conventie te bewerken, terecht door het hof als een ongeoorloofde wijze van procederen is gewraakt (...).”⁴⁸⁶

483 HR 23 februari 1996 (*Meijburg/Hazewinkel c.s.*), NJ 1996, 395, r.o. 3.5. Zie voor Frankrijk *Cadiet* 1992, nr. 129; *Cadiet* 1998, nr. 1562 en voor België *Broeckx* 1995, nr. 780 met nadere verwijzingen.

484 HR 22 januari 1999 (*F./S.*), NJ 1999, 715 m.nt. HJS, r.o. 3.3.

485 Snijders & Wendels 2003, nr. 4.

486 HR 26 juni 1959 (*X/II*), NJ 1961, 553 m.nt. DJV. Zie eerder reeds Hof Amsterdam 19 maart 1947, NJ 1947, 286; anders Hof Amsterdam 1 april 1953, NJ 1953, 670.

Deze beslissing past binnen het hierboven geschetste kader van de doelen van het recht op hoger beroep, daar in dit geval het hoger beroep noch met het doel de juistheid van de beoordeling in eerste aanleg te toetsen noch om eigen fouten te herstellen was ingesteld. Annotator Veegens is van mening dat met deze beslissing “(...) [d]e eisen van behoorlijk procederen (...) aldus te hoog [zijn] opgevoerd (...)” Met dit oordeel, dat blijkt geeft van het hechten van een te groot belang aan de vormen van het procesrecht, kan ik mij niet verenigen.

De Hoge Raad heeft met betrekking tot een verzoek tot echtscheiding meermalen geoordeeld

“(...) dat het rechtsmiddel van hoger beroep niet is gegeven om aan een partij wier vordering (...) door de eerste rechter is toegewezen en die ook overigens niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij door de bestreden beslissing is bezwaard, gelegenheid te geven dit vonnis ongedaan te maken omdat zij bij nader inzien de voorkeur er aan geeft van de vordering af te zien (...).”⁴⁸⁷

Naar mijn mening geldt dit ook voor andere vorderingen en verzoeken dan echtscheiding.⁴⁸⁸

Het rechtsmiddel van hoger beroep mag volgens de Nederlandse rechter ook worden gebruikt om te bewerkstelligen dat tegelijkertijd wordt beslist op samenhangende vorderingen.⁴⁸⁹

Het instellen van hoger beroep tegen een ontruimingsvonnis, waaraan men wel wenst te voldoen maar op een later tijdstip dan in dat vonnis bepaald, om aldus het vonnis later onherroepelijk te laten worden, heeft de Rechtbank 's-Gravenhage als misbruik van bevoegdheid beoordeeld.⁴⁹⁰

166. In de Nederlandse rechtspraak zijn er, naast de hierboven besproken uitspraken, geen belangrijke gevallen waarin het instellen van hoger beroep als misbruik van bevoegdheid is beoordeeld. In Frankrijk en België is er op dit terrein een uitgebreide rechtspraak, waarin tal van invalshoeken aan de orde komen die in Nederland op dit punt ongebruikelijk zijn. Hierbij worden soortgelijke regels en uitgangspunten gehanteerd als met betrekking tot misbruik van procesrecht in eerste aanleg.

Uitgangspunt is dat degene die hoger beroep instelt, bevoegd handelt.⁴⁹¹ Wil de rechter op grond van misbruik van bevoegdheid een uitzondering op

487 HR 12 juni 1936 (*A.W./C.P.B.*), *NJ* 1936, 962; HR 29 oktober 1971 (*X/Y*), *NJ* 1972, 24; HR 4 juni 1999 (*S./H.*), *NJ* 1999, 535.

488 Zie bijv. Hof Amsterdam 19 oktober 1995, *NJ* 1997, 488.

489 HR 26 februari 1993 (*M./V.*), *NJ* 1993, 365 m.nt. HER; HR 15 maart 1996 (*N./B.*), *NJ* 1996, 408.

490 Rb. 's-Gravenhage 17 juli 1980, *NJ* 1981, 96.

491 Civ. 6 november 1946, *D* 1947, p. 49.

dit uitgangspunt aannemen, dan zal hij dit moeten motiveren door voldoende expliciet op de beslissende omstandigheden van het geval in te gaan.⁴⁹²

Als vuistregel geldt dat degene die in hoger beroep succes heeft, geen misbruik van bevoegdheid kan hebben gemaakt door het instellen ervan.⁴⁹³ Omgekeerd geldt dat het enkele verliezen van het geding in hoger beroep door appellant op zichzelf onvoldoende grond is voor het oordeel dat laatstgenoemde misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt, zelfs niet indien precies hetzelfde betoog wordt gevoerd dat ook al in eerste aanleg is afgewezen.⁴⁹⁴ Hij die in eerste aanleg verliest en in hoger beroep niets nieuws brengt, stelt zich echter wel bloot aan de verdenking misbruik van bevoegdheid te maken. Er is dan weinig extra meer nodig om tot het oordeel te komen dat het appel misbruik van bevoegdheid vormt. Een voorbeeld vormt een uitspraak van de Rechtbank te Gent. Hier wordt het 'extra' gevormd door de combinatie van de wijze waarop in eerste aanleg is verloren en hoe eiser daar als appellant mee omgaat. Eiser die

"(...) reeds door de eerste rechter uitdrukkelijk erop werd gewezen dat hij tekort schoot aan een afdoende bewijslevering (...), levert thans in hoger beroep geen enkel nieuw bewijselement of gegeven. Hij brengt geen enkel nieuw element aan, en vordert evenmin enige nadere onderzoeksmaatregel of bewijsmogelijkheid. Zijn grieven houden enkel en zonder meer het louter nogmaals overdoen van hetzelfde onderzoek in. Het is aannemelijk dat dit door de appellant uitputten van rechtsmiddelen (...) nodeloos bijkomende lasten en kosten berokkende aan de geïntimeerde. De appellant dient derhalve de geïntimeerde op passende wijze daarvoor te vergoeden."⁴⁹⁵

Ontegenzeggelijk misbruik van appelbevoegdheid maakt hij die zich als eiser in eerste aanleg heeft gerefereerd aan het oordeel van de rechter, stukken noch conclusie heeft overlegd en is veroordeeld wegens misbruik, om vervolgens in hoger beroep te gaan en daar dezelfde gedragslijn te volgen.⁴⁹⁶

"La faible importance de l'intérêt d'un litige (...)" kan niet op zichzelf voldoende grond vormen voor het oordeel dat het instellen van hoger beroep misbruik van bevoegdheid heeft gevormd.⁴⁹⁷

Een belangrijk casustype is het misbruiken van de bevoegdheid hoger beroep in te stellen met het doel het intreden van de nadelige gevolgen van

492 Zie Cadiet 1992, nr. 139-140; Courtieu 1997, nr. 31, beide met verwijzingen naar relevante rechtspraak.

493 Cadiet 1992, nr. 130; Courtieu 1997, nr. 29. Zie bijv. Civ. II 7 maart 1984, *Bull.* II, 46; Cass. 23 februari 1978, *Pas.* 1978 I, p. 729, waarover nuancerend Broeckx 1995, nr. 795.

494 Cadiet 1992, nr. 131; Broeckx 1995, nr. 795; Courtieu 1997, nr. 28, alle met verwijzingen naar relevante rechtspraak.

495 Rb. Gent 19 mei 1995, *P&B* 1997, p. 165.

496 Rb. Brussel 24 september 1999, *P&B* 2001, p. 17.

497 Civ. I 30 januari 1980, *D* 1980, IR p. 461 m.nt. Pierre Julien.

de uitspraak in eerste aanleg uit te stellen.⁴⁹⁸ Onder de omstandigheden die tot het oordeel dat hiervan sprake is kunnen leiden, is met name de kansloosheid van het beroep een belangrijke aanwijzing.⁴⁹⁹

Het instellen van hoger beroep tegen een niet-appellabele uitspraak vormt volgens de Franse en Belgische⁵⁰⁰ jurisprudentie misbruik van bevoegdheid. Voor het Nederlandse recht zou ik hetzelfde willen aannemen, behoudens het geval dat expliciet op basis van niet bij voorbaat kansloze argumenten wordt bepleit dat het appelverbod dient te worden doorbroken. Het instellen van een niet-ontvankelijk hoger beroep zal spoedig als misbruik van bevoegdheid kunnen worden beoordeeld.⁵⁰¹

De bevoegdheid tot het instellen van hoger beroep mag niet worden gebruikt als pressiemiddel, bijvoorbeeld tot het aangaan van een schikking.⁵⁰² Omdat hiernaast vaak het legitieme doel van het daadwerkelijk voorleggen van het geschil aan de rechter aanwezig moet worden geacht, zal hier van misbruik niet vaak kunnen worden gesproken.

Ook voor de bevoegdheid hoger beroep in te stellen geldt de regel van art. 3:303 BW.⁵⁰³ Onvoldoende belang bij het winnen van het hoger beroep leidt ertoe dat aan inhoudelijk procederen niet wordt toegekomen. Het gaat hierbij om preventieve toetsing. Aan repressieve toetsing op grond van art. 3:13 lid 1 kan pas worden toegekomen tijdens het voeren van een inhoudelijk debat, omdat eerst dan de merites van de grieven kunnen worden beoordeeld.⁵⁰⁴

3.3.4.2 Misbruik van cassatie

167. Net als de bevoegdheid hoger beroep in te stellen leent de bevoegdheid cassatieberoep in te stellen zich voor misbruik. Het specifieke karakter van de cassatieprocedure – er kan alleen met succes geklaagd worden over schending van het recht waaronder verzuim van vormen (art. 604 NCPC, 608 Ger.W., 79 lid 1 Wet RO) – maakt dat er in vergelijking met hoger beroep veel minder ruimte is kansrijke bezwaren tegen de uitspraak a quo aan te voeren. Hieruit valt af te leiden dat er in vergelijking met hoger beroep meer ruimte is voor het oordeel dat sprake is van misbruik. Het benutten van deze ruimte

498 Zie bijv. Req. 27 januari 1931, *DP* 1931 I, 165; Soc. 29 maart 1955, *JCP* 1955 II, 8743; Civ. II 13 maart 1968, *Bull.* II, 78; Civ. III 12 februari 1980, *JCP* 1980 IV, 168; Hof Antwerpen 1 december 1980, *RW* 1980-81, k. 1836; Hof Luik 27 juni 1995, *JLMB* 1996, p. 298.

499 Zie bijv. Rb. Brussel 30 juni 1960, *JT* 1961, p. 45; Rb. Brussel 30 november 1963, *JT* 1964, p. 128; Rb. Brussel 25 juni 1974, *JT* 1974, p. 609; Com. 29 februari 1984, *Bull.* IV, 82. Voor verdere voorbeelden uit de rechtspraak zie Cadiet 1992, nr. 138 en Broeckx 1995, nr. 794.

500 Broeckx 1995, nr. 794 met verwijzingen naar rechtspraak.

501 Zie bijv. Hof Brussel 15 december 1969, *RW* 1969-70, k. 1055.

502 Req. 23 juni 1943, *GP* 1943 II, p. 109.

503 Zie nader Snijders & Wendels 2003, nr. 79-81.

504 Hof 's-Hertogenbosch 15 mei 1991, *NJ* 1992, 67.

is voor de cassatierechter mede een kwestie van bescherming van zichzelf en daarmee van de rechtspleging als geheel. De Franse Cour de cassation lijkt nut en noodzaak hiervan te beseffen. Courtieu waardeert de rechtspraak op dit punt aldus:

“Il semble que la Cour de cassation montre quelque sévérité à l’égard des pourvois qui vont à l’encontre d’une jurisprudence constante, fortement établie pour laquelle il est vain d’espérer un revirement, ou qui ignorent une règle d’interprétation proclamée par un arrêt de principe (...).”⁵⁰⁵

In Frankrijk is er een speciale wettelijke regeling met betrekking tot de sancties op misbruik van cassatie. Deze regeling, neergelegd in art. 628 NCPC, derogeert aan het uitgangspunt van volledige schadevergoeding bij onrechtmatig gedrag. De maximale schadevergoeding is, evenals de maximale aan de staat te verbuuren boete, € 3 000.⁵⁰⁶

De Belgische cassatierechter heeft herhaaldelijk geoordeeld dat het instellen van een door termijnoverschrijding niet-ontvankelijk cassatieberoep misbruik van bevoegdheid vormt.⁵⁰⁷

Nederlandse rechtspraak over misbruik van cassatie is er niet veel. De President van de Amsterdamse Rechtbank heeft het in een interessante beslissing mogelijk geacht de gevolgen van de schorsende werking van een cassatieberoep op te heffen, nu het cassatieberoep in kwestie evident kansloos was en het instellen ervan dus misbruik van procesrecht vormde.⁵⁰⁸

Ook met betrekking tot beroep in cassatie geldt de regel van art. 3:303 BW.⁵⁰⁹ Onvoldoende belang bij cassatie leidt ertoe dat aan inhoudelijk procederen niet wordt toegekomen.

3.3.4.3 Misbruik van bevoegdheid bij andere rechtsmiddelen

168. Misbruik van het rechtsmiddel van verzet laat zich met name denken om het geding te vertragen.⁵¹⁰ Voorstelbaar is dat gedaagde eerst te kwader trouw verstek laat gaan, om vervolgens verzet in te stellen. Misbruik moet bij verzet overigens niet te snel worden aangenomen vanwege het belang van het beginsel van hoor en wederhoor dat dit rechtsmiddel beoogt te dienen.⁵¹¹

505 Courtieu 1997, nr. 38 met verwijzingen naar rechtspraak.

506 Zie hierover Cadet 1992, nr. 146; Courtieu 1997, nr. 37 beide met nadere verwijzingen. Zie voor een toepassing Com. 6 februari 2001, *JCP* 2001 II, 10587 m.nt. André Perdiau.

507 Cass. 15 maart 1982, *RW* 1983-84, k. 1399; Cass. 17 januari 1991, *Pas.* 1991 I, p. 457; Cass. 20 oktober 1995, *P&B* 1995, p. 149.

508 Pres. Rb. Amsterdam 4 mei 1995, *KG* 1995, 244.

509 Zie nader Veegens/Korthals Altes & Groen 1989, nr. 50.

510 Woog 1972, nr. 13.

511 Cadet 1992, nr. 144; Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, nr. 249. Voorbeelden uit de rechtspraak: Req. 10 mei 1937, *DP* 1937 I, 82; Kh. Brussel 21 januari 1957, *JT* 1957, p. 172.

In de Franse jurisprudentie is meermalen aanvaard dat het instellen van *terce-opposition* (derdenverzet) misbruik van bevoegdheid kan vormen.⁵¹² De mogelijkheid van schadevergoeding is expliciet neergelegd in art. 581 NCPC.

3.3.5 Gevallen van misbruik van processuele bevoegdheden: conclusie

169. Het recht een vordering in rechte in te stellen is niet onbeperkt en kan worden misbruikt. Het antwoord op de vraag of sprake is van misbruik, is principieel onafhankelijk van de uitkomst van het geding. Wel is er een sterke correlatie: de winnaar kan in principe geen misbruik verweten worden. Bij het oordeel of van misbruik sprake is, worden verschillende criteria gebruikt. Uiteindelijk gaat het vooral om beoordeling van de omstandigheden van het geval, waarbij een gedegen motivering nodig is (§ 3.3.1.1-5).

Art. 3:303 BW, een specialis van art. 3:13 BW, houdt de last in dat een eis gepaard moet gaan met een voldoende belang. Wordt deze last veronachtzaamd, dan wordt aan een inhoudelijk oordeel niet toegekomen (§ 3.3.1.6). Het instellen van een vordering waarvan eiser wist of behoorde te weten dat deze kansloos is, vormt misbruik van bevoegdheid en daarmee een onrechtmatige daad (§ 3.3.1.7-10). Ook op andere gronden dan kansloosheid kan misbruik worden aangenomen (§ 3.3.1.11-18). Bij de invulling van de misbruikfiguur op dit terrein kan steun worden ontleend aan de Franse en Belgische rechtspraak (§ 3.3.1.19). Dit alles geldt ook voor de bevoegdheid verweer te voeren (§ 3.3.2), andere processuele bevoegdheden (§ 3.3.3) en voor rechtmiddelen (§ 3.3.4).

3.4 MISBRUIK VAN PROCESSUELE BEVOEGDHEDEN: CONCLUSIE

170. Uit het leerstuk van misbruik van bevoegdheid kunnen tal van normen worden afgeleid die de processuele bevoegdheden van partijen beperken. Deze normen houden deels lasten (preventieve functie van misbruik van bevoegdheid), deels rechtsplichten (repressieve functie van misbruik van bevoegdheid) in (§ 3.1).

In de onderzochte stelsels worden verschillende criteria gebruikt bij de beantwoording van de vraag of van misbruik sprake is. De uit de criteria voortvloeiende grenzen verschillen onderling niet wezenlijk. De wijze waarop met behulp van de misbruikfiguur grenzen aan bijzondere bevoegdheden worden gesteld komt overeen met de wijze waarop de in het kader van de onrechtmatige daad ontwikkelde normen grenzen stellen aan de vrijheid van het individu in het algemeen. Zowel bij de misbruiks- als de onrechtmatigheidsvraag gaat het dikwijls om een beoordeling van de omstandigheden van

512 Zie Cadiet 1992, nr. 145 met verwijzingen naar rechtspraak.

het geval in het kader van een min of meer open norm. Deze norm biedt steun bij het ordenen en wegen van de verschillende omstandigheden. De soepelheid van dit systeem vereist controle door het stellen van hoge motiveringseisen (§ 3.2).

Het recht een vordering in rechte in te stellen is niet onbegrensd. Uit de misbruikfiguur vloeien diverse grenzen voort. Zo houdt art. 3:303 BW, een specialis van art. 3:13 BW, de last in dat een eis gepaard moet gaan met een voldoende belang. Voorts vormt het instellen van een vordering waarvan eiser wist of behoorde te weten dat deze kansloos is, misbruik van bevoegdheid en daarmee een onrechtmatige daad. Op soortgelijke wijze kan misbruik worden gemaakt van de bevoegdheid verweer te voeren, een rechtsmiddel in te stellen of bewijs te leveren. Bij de invulling van de uit de misbruikfiguur voortvloeiende beperkingen van processuele bevoegdheden kan steun worden ontleend aan de Franse en Belgische rechtspraak (§ 3.3).