

*Un droit porté trop loin devient une injustice***Misbruik van bevoegdheid uit historisch en comparatief perspectief**

E.J.H. Schrage*

1 Vier voorbeelden**1.1 Voorbeeld 1**

Het gebeurde in Bradford, een klein plaatsje in Engeland. Edward Pickles was de eigenaar van een stuk grond aldaar. Op het aangrenzende kavel bevond zich een bron die aan de oppervlakte kwam. Het gehele stadje was voor zijn drinkwater op die bron aangeprezen. Op zekere dag besloot Pickles van zijn stuk grond de zich daarop en daarin bevindende flagstones te verwijderen en die te verkopen. Om die flagstones te bereiken moest hij echter de loop van het water onder zijn stuk grond veranderen. Daartoe wenste hij een drainagesysteem aan te leggen. Dit voornemen was een bedreiging voor de watervoorziening van het gehele stadje. De autoriteiten wisten dat destijds flagstones geen enkele waarde vertegenwoordigden en dat derhalve op de door Pickles voorgestelde manier een rendabele exploitatie van zijn grond onmogelijk was. Zij vermoedden dan ook dat Pickles zijn voornemen uitsluitend had opgevat met het oogmerk om een hogere prijs voor zijn grond te bedingen. De onderhandelingen bleven zonder resultaat. Kunnen de autoriteiten een rechterlijk verbod verkrijgen op Pickles om aan het voornemen tot drainage uitvoering te geven?¹

Een vrijwel vergelijkbare zaak speelde zich af in Saint Galmier, een klein plaatsje in de buurt van de Franse stad Saint Etienne. La Société des Eaux de St. Galmier SA bottelde daar mineraalwater dat in een bron op een terrein aan het oppervlak kwam. De burens, Fourissier geheten, vatten het plan op

* Hoogleraar privaatrecht UvA; oud-hoogleraar Romeins recht en Europese Rechtsgechiedenis VU; raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam.

¹ *Mayor of Bradford v. Pickles*, 1895 AC 587, Cf. A.W. Brian Simpson, *Leading Cases in the Common law*, Oxford 1995, 79; Michael Taggart, *Private property and abuse of rights in Victorian England: the story of Edward Pickles and the Bradford water supply*: Oxford/New York 2002.

hun terrein te verkopen, maar dan wel tegen de hoogste prijs die ze ervoor zouden kunnen krijgen. Zij probeerden die prijs te maximaliseren door op hun eigen terrein putten te graven. Het opwellende bronwater voerden zij af. Daardoor legden zij bijkans de gehele waterwinning door de Société des Eaux de St. Galmier droog. De gekozen werkwijze leverde hunzelf geen enkel voordeel op, de burens des te meer nadeel. Daarmee rees dezelfde vraag als in *Pickles v. Bradford*: mogen de burens op deze wijze pogen de opbrengst van de grond te maximaliseren?²

1.2 Voorbeeld 2

Artikel 552 van de Franse Code civil bepaalt (evenals het daarop gebaseerde art. 626 *BWoud*) dat de eigendom van de grond de eigendom omvat van al hetgeen zich op en in die grond bevindt. De eigenaar mag daarop alle beplantingen doen en alle bouwwerken oprichten die het hem goedgevallen (behoudens bepaalde bij de wet gemaakte uitzonderingen). Een zekere Coquerel beriep zich op dat artikel toen hij in zijn tuin een staketsel oprichtte, samengesteld uit zestien meter hoge houten palen, voorzien van scherpe punten. Zijn buurman, Clément-Bayard placht zijn eigen tuin te gebruiken als landingsbaan voor zijn luchtballon. Hij moest echter ervaren dat zijn ballon de aanraking met die palen niet overleefde: de luchtballon werd lek gestoten. Heeft Clément-Bayard een mogelijkheid om dat staketsel te doen afbreken en heeft hij recht op schadevergoeding?³

1.3 Voorbeeld 3

Artikel 904 van de Italiaanse Codice civile bepaalt dat de aanwezigheid van een venster of andere lichtopening in een muur niet uitsluit dat die muur desalniettemin gemeenschappelijk is (of wordt). Een gemeenschappelijke muur mag benut worden om daar tegen aan te bouwen. Wanneer nu een nieuwe buurman de mede-eigendom van die muur verwerft waarin zich van oudsher een venster bevond, mag hij dan tegen de gemeenschappelijke een nieuwe muur bouwen met een hoogte van drie en een halve meter en aldus iedere toetreding van licht tot dit venster verhinderen?⁴

1.4 Voorbeeld 4

Het Duitse recht gaat over het algemeen iets gemakkelijker dan het Nederlandse recht om met de mogelijkheden tot het leggen van een conser-

2 Cour de Cassation Req., 10 juni 1902, Dalloz 1902 I, p. 454.

3 Cour de Cassation Coquerel v. Clément-Bayard, DP 1917.1. 79.

4 Tribunale di Napoli Sezione distaccata di Afragola. ZA c/ MA + 5, www.iussit.it/Z.Mlucio1.htm.

vatoir (derden)beslag, maar gaat de bevoegdheid van een crediteur om zekerheidshalve en bij wege van voorzorgsmaatregel zover, dat het hem zou vrij staan om onder alle 20 banken van de plaats van inwoning van zijn debiteur beslag te leggen op het banksaldo? Mag hij de debiteur de toegang tot diens financiële middelen volkomen onmogelijk maken?⁵

2 Probleemstelling

De vier bovenstaande voorbeelden hebben, ondanks hun afkomst uit verschillende jurisdicties, een aantal karaktertrekken gemeen. Van oudsher wordt aangenomen dat de eigendom van de grond tevens de eigendom van de lucht daarboven en de aarde daaronder omvat, naar Romeins recht zelfs zonder meer de zich onder het aardoppervlak bevindende mineralen en delfstoffen (Dig. 8.4.13.1, Ulpianus). Derhalve is de eigenaar in het algemeen bevoegd om daarvan naar eigen goeddunken gebruik te maken, om planten in de lucht te laten opschieten en onder het aardoppervlak te laten wortelen, ja zelfs om op eigen grondgebied bouwwerken op te richten (behoudens uiteraard bijzondere wettelijke bepalingen). Iets dergelijks geldt voor de bevoegdheid om ten laste van een debiteur conservatoir beslag te leggen op diens vermogensbestanddelen, uiteraard eveneens binnen de grenzen door de wet gesteld, voor Nederland: na verkregen rechterlijk verlot.

Desalniettemin rijst van oudsher aangaande deze vier genoemde gevallen de vraag of deze bevoegdheid werkelijk zover gaat dat de eigenaar zijn buurman vrijelijk de mogelijkheid om water te putten kan ontnemen door op eigen grondgebied de stroom te verleggen; of hij de buurman het vliegen met een luchtballon de facto onmogelijk mag maken, of hij door een op zichzelf genomen geoorloofde aanbouw aan de gemeenschappelijke muur het daarachter gelegen vertrek geheel van daglicht mag versteken en tenslotte of hij door het beslag op alle vermogensbestanddelen zijn debiteur het leven in financieel opzicht onmogelijk mag maken.

Eveneens van oudsher wordt bij beantwoording van die vraag grote twijfel gevoeld. Een positief antwoord is niet vanzelfsprekend. Bijna automatisch komen de fundamentele rechtsbeginselen in de gedachten die al de Romeinse jurist Ulpianus aan het begin van onze jaartelling formuleerde: *honeste vivere, alterum non laedere et ius suum cuique tribuere*/eerbaar te leven, de ander niet te schaden en ieder het zijne toe te delen. Is het gedrag van de grondeigenaar of van de crediteur *honest*, *eerbaar*, *eerzaam*? Brengt het de anderen geen schade toe? Geeft het de ander het zijne? Wie geneigd is die vraag ontkennend te beantwoorden bevindt zich al vele eeuwen in goed gezelschap. De Supreme Court van Canada zocht niet lang geleden nog

5 BGH, Beschluss vom 19. 3. 2004 -IXa ZB 229/ 03 (Lexetius.com/2004,735).

steun bij Voltaire, toen die schreef: *Un droit porté trop loin devient une injustice*,⁶ en bij de juridische vertaling van dit beginsel door Pothier, toen die opmerkte: *l'abus commence où le droit cesse*.⁷ Een rechthebbende kan blijkbaar onder omstandigheden tevergeefs een beroep doen op de legitimatie door zijn bevoegdheid; kennelijk is die bevoegdheid eindig.⁸

Inderdaad kennen verscheidene moderne wetboeken naast het beginsel van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) ook een verbod van misbruik van recht. Het Oostenrijkse ABGB van 1811 kende een dergelijk verbod nog niet, althans niet met zoveel woorden en evenmin de Franse Code civil van 1804 (en op het voetspoor daarvan: het Belgische Burgerlijk Wetboek); het Duitse BGB van 1900 is nog terughoudend: de Erste Kommission (evenals overigens de Zweite) wenste nog geen verbod van misbruik van bevoegdheid op te nemen, maar op aandringen van de Bundesrat bevat de uiteindelijk ingevoerde tekst naast de algemene bepalingen over de goede trouw alleen een paragraaf gewijd aan het *Chikaneverbot* (par. 226 BGB)⁹ en het BGB heeft daarmee slechts het eerste, het oudste geval van misbruik van bevoegdheid gecodificeerd. Zeker aanvankelijk zwegen de codificaties over de rechtsuitoefening zonder enig belang, laat staan over de rechtsuitoefening zonder enig redelijk belang. Dat veranderde echter al spoedig in de 20^e eeuw. Reeds het Zwitserse ZGB van 1907 kent echter in artikel 2 Abs. 1-2 met zoveel woorden een verbod van rechtsmisbruik,¹⁰ evenals artikel 833 van de Italiaanse Codice civile (1942),¹¹ gevolgd door de Spaanse Código civil van 1966,¹² de Code civil de Québec van 1994¹³ en korte tijd voordien door artikel 3:13 het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek (1992).

6 Supreme Court of Canada 22 november 1990, [1990] 3 R.C.S. 122 (Houle c. Banque canadienne nationale).

7 Planiol, *Traité élémentaire*, 11e éd., t. II, n° 871.

8 Aldus de conclusie van de A-G Antonio La Pergola voor de zaak C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Randnummer 20, waar hij (met een beroep op rechtspraak en literatuur) betoogt dat de qualificatie als misbruik neerkomt op bepaling van de aan het desbetreffende subjectieve recht inherente grenzen.

9 Par. 226 BGB: Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.

10 Art. 2.1 ZGB: Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. (2) Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.

11 Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

12 Art. 7 lid 1 C.c.: La ley non ampara el abuso der rerecho o el ejercicio antisocial del mismo.

13 Art. 7 Code civil du Québec: Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi/ No right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner which is contrary to the requirements of good faith.

3 Misbruik van bevoegdheid

Daarmee verschuift echter de vraag. Is in de genoemde vier voorbeelden inderdaad sprake van misbruik van recht of (zoals het spraakgebruik van het Nederlandse BW het uitdrukt) van misbruik van bevoegdheid? Die vraag is nog niet zo eenvoudig te beantwoorden. Misbruik van bevoegdheid (*abus de droit, abuse of right, Rechtsmissbrauch, abuso del diritto*) is een variabel begrip dat in de verschillende tijden en op de verschillende plaatsen een bijzondere invulling krijgt. Desalniettemin ligt aan die verschillende uitwerkingen van het begrip wel degelijk een gemeenschappelijke kern ten grondslag.¹⁴ Het gaat immers telkens om het beginsel dat een rechthebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten (en van de maatschappij) niet geheel uit het oog mag verliezen. De ware vrijheid luistert naar de wetten, dichtte Jacques Perk in zijn Ode aan de Sonnetten. Het inroepen van door het recht of de wet toegekende bevoegdheden geeft geen absolute vrijheid om de rechtsgenoot te schaden. Wanneer geen weldenkend mens in redelijkheid tot de uitoefening van de bevoegdheid kan komen, dient hem deze te worden ontzegd. Oude voorbeelden daarvan liggen op het gebied van het burennrecht en van de hinder. Mazeaud en Tunc vermelden het voorbeeld van het Parlement d'Aix dat op 1 april 1577 vonnis wees in een zaak van een wolkaarder die met luide stem placht te zingen met geen andere bedoeling dan om zijn buurman, een advocaat, uit de slaap te houden.¹⁵ Ofschoon ook wolkaarders in het algemeen best vrolijk mogen zingen, ook in de open lucht, werd *deze* uitoefening van die bevoegdheid ongeoorloofd geacht.

Iets dergelijks doet zich overigens voor in contractuele verhoudingen. Ook daar kunnen de redelijkheid en billijkheid zich verzetten tegen het inroepen van een op het contract berustende bevoegdheid (art. 6: 248 lid 2 BW), bijvoorbeeld tegen het inroepen van de in het contract opgenomen bevoegdheid tot eenzijdige beëindiging ervan.¹⁶ Of daarbij het begrip misbruik van bevoegdheid als zodanig een rol speelt, dan wel of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid pleegt te worden toegepast, staat nog te bezien.¹⁷

14 Aldus de AG Tesouro in diens conclusie voor Hof van Justitie EG 12 mei 1998, Kefalas c.s. vs. Elliniko Dimosio and Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon, Zaaknummer C 367/96, Jurisprudentie 1998 p. I-02843.

15 H. en L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel I, Parijs 1965, nr. 556 (p. 646).

16 Aldus reeds HR 20 april 1951, NJ 1965, 65.

17 Hieronder, onder meer bij noot 38.

4 Verhouding misbruik van bevoegdheid enerzijds, redelijkheid en billijkheid anderzijds

Met dat laatste rijst de vraag naar de verhouding tussen beide begrippen, misbruik van bevoegdheid en redelijkheid en billijkheid (goede trouw). Het ligt voor de hand om het eerste te beschouwen als *species* ten opzichte van het tweede, zeker wanneer aan het beginsel van de redelijkheid en billijkheid, gelijk ten onzent, ook invloed buiten de sfeer van het verbintenissenrecht toekomt, maar zelfs al ware dit anders en zou het beginsel van de redelijkheid en billijkheid slechts toepassing kunnen vinden binnen het verbintenissenrecht (zoals in het Duitse recht, waar de rol van *Treu und Glauben* slechts aan de orde komt binnen het *Schuldrecht*), dan nog laat de verhouding tussen beide begrippen zich het eenvoudigst als *genus – species* karakteriseren.

Evenals andere *species* van de redelijkheid en billijkheid zoals het leerstuk van de veranderde omstandigheden (*clausula rebus sic stantibus*, artikel 6:258 BW) of het stilzitten van de koper na aflevering van een gebrekkige zaak (art. 6:89 en 7:23 lid 1 BW), maar anders dan de rechtsverwerking,¹⁸ heeft het misbruik van bevoegdheid een plaats gevonden in de hercodificatie. Aanvankelijk wenste Meijers het misbruik van bevoegdheid op te nemen in de Inleidende Titel, maar na de intrekking van het wetsontwerp tot vaststelling daarvan kreeg het zijn uiteindelijke plaats in de eerste titel van Boek 3.

Dat laatste is overigens niet zonder slag of stoot gegaan. De Vaste Commissie voor Justitie reageerde in het Voorlopig Verslag verdeeld op (toen nog) artikel 8 van de Inleidende Titel.¹⁹ Eén van de voornaamste bezwaren was dat de materie te gecompliceerd en te ingewikkeld zou zijn voor een algemeen wetsartikel (hetzelfde argument overigens dat de rechtsverwerking buiten de hercodificatie hield) en de betrokken leden waren van mening dat de materie het best geheel aan de rechter zou worden overgelaten. In de memorie van antwoord rekende de minister op overtuigende wijze met deze opvatting af. Hij herhaalde dat tussen de rechtspraak van de Hoge Raad enerzijds en de lagere jurisprudentie in overeenstemming met de (toen nog) meeste Nederlandse schrijvers anderzijds verschil van mening bestond over de criteria van het misbruik van bevoegdheid. Zijns inziens was reeds dit verschil van mening op zichzelf voldoende reden voor een wettelijke regeling. Gegeven de verregaand ontwikkelde staat van de doctrine achtte de minister een keuze tussen de verschillende standpunten onvermijdelijk.

¹⁸ E.J.H. Schrage, Rechtsverwerking en gerechtvaardigd vertrouwen, in VRA 2006, p. 71-111.

¹⁹ Hand. II, 1954-1955, 3766, nr. 4, p. 9; Parl. Gesch. Boek 3 Inv., p. 1041 e.v.

Daardoor onderscheidt het leerstuk van het misbruik van bevoegdheid zich van dat van de rechtsverwerking en van de wetsontduiking. Ten aanzien van de rechtsverwerking achtte de minister het niet wel doenlijk te dien aanzien algemene regels te geven (nog afgezien ervan of men hier wel een apart leerstuk zou moeten erkennen). Ten aanzien van de wetsontduiking was hij van mening dat het hier zou gaan om een leerstuk in opkomst, waarvan de opkomst nog niet van dien aard was dat algemene regels gegeven zouden kunnen worden. Dat leerstuk kwam daarom destijds (nog?) niet voor regeling in aanmerking.

Het is aan de andere kant evenmin eenvoudig de *species* (misbruik van bevoegdheid) van het *genus* (redelijkheid en billijkheid) te onderscheiden. Slechts het Duitse recht is heel expliciet, allereerst omdat de beginselen van *Treu und Glauben* alleen binnen het bereik van het *Schuldrecht* toepassing vinden, terwijl het *Schikaneverbot* ook daarbuiten een rol speelt. Dat bleek bijvoorbeeld in een nog voor de laatste wereldoorlog door het Reichsgericht besliste zaak, waarin de vennootschap poogde inzage in de boekhouding door een aandeelhouder te verhinderen, omdat de betrokkene met de daaraan ontleende wetenschap frauduleuze handelingen door zichzelf of derden zou vergemakkelijken.²⁰ Het criterium van *Treu und Glauben* (par. 242 BGB) biedt, zo overwoog het Reichsgericht, in deze zaak geen richtsnoer omdat het onderwerp ervan buiten het bereik van het *Schuldrecht* ligt. De vennootschap kan uitoefening van het recht op inzage slechts verhinderen als voldaan is aan de voorwaarden van paragraaf 226 BGB, dus uitsluitend wanneer de vennootschap stelt (en desnodig bewijst) dat de bevoegdheid chicaneus wordt uitgeoefend.²¹ Dat strenge criterium slaat slechts een beperkte toepassing van het *Schikaneverbot* toe, met als consequentie dat de gestage ontwikkeling van de open norm van *Treu und Glauben* binnen het bereik van het *Schuldrecht* tot het nader gespecificeerde criterium van de *unerlaubte Rechtsausübung* het *Schikaneverbot* van paragraaf 226 BGB op dat rechtsgebied bijkans obsoleet gemaakt heeft.²²

In Frankrijk en België is de situatie echter anders. Daar wordt het verband tussen beide leerstukken, de goede trouw en het rechtsmisbruik, sterk benadrukt. Dat hangt samen met het feit dat de Code civil voor het leerstuk van het misbruik van bevoegdheid geen ander aanknopingspunt biedt dan de goede trouw (of de onrechtmatige daad). Voor Nederland ligt de verhouding tussen beide inmiddels nog weer anders. Op het voetspoor van de rechtsgeschiedenis biedt de tekst van de wet aanknopingspunten om beide te onderscheiden, niet echter geheel te scheiden.

20 RGZ: (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 1880 bis 1945) Bd 140, 278-280.

21 Staudinger/ Looschelders / Olzen (Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben) ad par. 241 ff, Rn 385.

22 Staudinger/ Looschelders / Olzen, Rn. 386; Münch.Komm. BGB (Roth) par. 242 Rn. 380.

Het criterium voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is, aldus het tweede lid van artikel 6:248, dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn. Indien aan die voorwaarde is voldaan kan dit beginsel meebrengen dat een recht niet of op een andere wijze mag of moet worden uitgeoefend dan bij de overeenkomst was bepaald. De beperking kan overigens zelfs zover gaan dat van een overeenkomst voor een deel of in het geheel geen nakoming meer kan worden gevorderd en kan mitsdien slechts in uitzonderlijke omstandigheden gegrond worden geoordeeld.²³ Immers, voor het buiten toepassing laten van een krachtens overeenkomst tussen partijen geldende regel is nodig dat het beroep daarop in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is en dat geval zal zich slechts zelden voordoen.

5 De tekst van de wet

In artikel 3:13 is het criterium anders geformuleerd. Het allereerste (ook: het oudste) voorbeeld van misbruik van bevoegdheid is het gebruiken van een bevoegdheid met geen ander doel dan om een ander te schaden (*animo nocendi*) of, wat dikwijls op een andere kwalificatie van hetzelfde handelingscomplex zal neerkomen, zonder enig redelijk belang.

5.1 De uitsluitende bedoeling om te benadelen

Hetgeen de handelende geen voordeel oplevert, maar aan een ander slechts nadeel berokkent, is niet geoorloofd. Daarmee begon de moderne geschiedenis van het leerstuk immers: noch de loze schoorstenen van Colmar, noch de houten schuttingen van Coquerel van zestien meter hoog met daarop scherpe, ijzeren punten van drie meter leverden voor de eigenaar ook maar enig nut op en zij berokkenden slechts schade aan de buurman. Intussen heeft deze categorie in haar zuivere vorm haar belang voor de rechtspraktijk vrijwel verloren, omdat de gedaagde de afwezigheid van ieder belang steeds zal willen ontkennen en eiser dan zijn toevlucht zal moeten nemen tot de derde categorie, de onevenredigheid van de belangen. In het bijzonder bij activiteiten van collectiviteiten als vakverenigingen of consumentenorganisaties zal de afwezigheid van ieder belang steeds worden ontkend. Het uitroepen van een staking, zonder enige twijfel reeds lang de bevoegdheid van een vakorganisatie, zal steeds voor de ondernemer onaangenaam zijn; onrechtmatig is het in beginsel niet, omdat de vakvereniging een legitiem doel

23 HR 17 december 2004, NJ 2005, 271; HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 75.

dient en dus een eigen belang heeft. Onder omstandigheden kan overigens de dreiging met of het daadwerkelijk uitroepen van een staking wel degelijk misbruik van bevoegdheid opleveren, maar dan zal men toch eerder naar het derde dan naar het eerste criterium van artikel 3:13 BW grijpen. Hetzelfde geldt voor de publicatie van een vergelijkend warenonderzoek door een consumentenorganisatie, mits uiteraard die publicatie in overeenstemming is met het statutaire doel van die rechtspersoon.²⁴ Zie ook artikel 6:240 BW, dat aan bepaalde rechtspersonen de bevoegdheid verleent om in een geding tegen een gebruiker bepaalde bedingen in diens algemene voorwaarden onredelijk bezwarend te doen verklaren. Zelfs de zogeheten *nuisance value* is een belang dat als eigen belang in de zin van dit criterium moet worden beschouwd, maar het lijdt geen twijfel dat het bezigen daarvan in het handelsverkeer enige prudentie vraagt, omdat de grens tussen gebruik en misbruik ervan flinterdun is.

Dat leert ook de jurisprudentie op de Wet op de naburige rechten (WNR). Het gaat hier om een bevoegdheid die naburig is aan het auteursrecht, en wel om een vergoedingsaanspraak voor hergebruik van vastgelegde muziek geldend te maken. Die aanspraak hebben de kunstenaars en platenproducenten niet rechtstreeks, maar via een exclusieve wettelijke inningsorganisatie: de Stichting ter exploitatie van naburige rechten (Sena). De Sena is ingevolge artikel 7 en 15 WNR aangewezen als enig crediteur voor een 'billijke vergoeding' die verschuldigd is voor het uitzenden of anderszins openbaar maken van mechanisch of elektronisch vastgelegde muziek. Artikel 7 WNR geeft aan Sena geen verbodsrecht, 'mits' een billijke vergoeding wordt betaald. In geval van betalingsweigering of aanbidding van een irreëel gering bedrag, kan dus wél een (zgn. 'herlevend') verbodsrecht worden uitgeoefend. Omroeporganisaties zijn van mening dat Sena van realiteitszin gespeend is en veel te hoge vergoeding vraagt, maar onmiskenbaar heeft Sena met de dreiging van een verbod op uitzending een stevige portie *nuisance value* in handen. Overvragen kan echter onder omstandigheden als misbruik van bevoegdheid worden gekwalificeerd en daarmee tot weigering van het gevraagde rechterlijke verbod leiden.²⁵ Ook hier zal echter de gedaagde eerder voor het anker van het derde dan voor dat van het eerste criterium gaan liggen. Overigens heeft de Hoge Raad, daartoe voorgelicht door het Europese Hof, thans enige helderheid over de criteria voor de invul-

24 Ook in Frankrijk wordt die voorwaarde gesteld: CA Paris 28 februari 1989, D. 1989 Somm. 337, Obs. J.L. Aubert, RTD civ. 1989, 528, Obs. J. Mestre.

25 Pres. Rb. Utrecht 22 juni 2000, KG 2000, 187, AMI 2000, p. 166 m.nt. Seignette (Sena/CAI IJsselstein/Eurosport).

ling van het begrip *billijke vergoeding* gegeven, en wel in de (langlopende) zaak van Sena tegen de NOS.²⁶

Het geldend maken van *nuisance value* wordt, in overeenstemming met het algemene beeld dat de rechtspraak geeft van het misbruik van bevoegdheid, slechts zelden beoordeeld als zover over de schreef gegaan, dat daarop een verbod zou moeten volgen. Juist om misbruik van de *nuisance value* verbonden aan een minderheidsaandeel in een vennootschap tegen te gaan is de uitkoopregeling tot stand gebracht, maar de Hoge Raad heeft uitdrukkelijk uitgemaakt dat de bevoegdheid tot uitkoop regel is, en dat deze bevoegdheid slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan worden misbruikt:

‘Gelet op de aard en de strekking van de (uitkoop)regeling moeten de (in lid 4 van art. 201a vervatte) afwijzingsgronden beperkt worden uitgelegd. In het bijzonder bieden zij de rechter in beginsel ook geen ruimte voor een belangenafweging.’

Er is blijkbaar wel enige ruimte voor een beroep op misbruik van bevoegdheid, maar die ruimte is wel heel gelimiteerd naar blijkt uit het gebruik door de Hoge Raad van de woorden ‘in beginsel’.²⁷ Een vergelijkbaar beeld rijst ook op bij het bezien van de mogelijkheid voor een crediteur om zijn medewerking te weigeren aan de totstandkoming van een buitengerechtelijk faillissementsakkoord. Voor het geval van faillissement, surséance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen bevat de Faillissementswet een regeling voor een akkoord, die meebrengt dat aan zo’n akkoord, dat mede met het oog op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers is onderworpen aan rechterlijk toezicht, verbindende kracht kan toekomen, ook jegens een betrokken schuldeiser die daarmee niet instemt. Bij een buitengerechtelijk akkoord is dat echter anders. Op de totstandkoming daarvan zijn de gewone regels van het verbintenissenrecht van toepassing, en dus staat het een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar aangeboden akkoord – dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren. Dit kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW) en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren, maar dat geval zal zich niet licht voordoen. De omstandigheid dat een schuldeiser de slechte financiële positie van de

26 HR 28 mei 2004, NJ 2006,375 m.nt. prof. mr. P.B. Hugenholtz onder NJ 2006, 376, welk arrest het vervolg is op HR 9 juni 2000, NJ 2001,569 en HvJEG 6 februari 2003, zaak C-245/00.

27 HR 16 januari 2004, NJ 2004,184 m.nt. Ma; JOR 2004/35, m.nt. MWJJ (Goglio Luigi Milano SPA/Luigi Goglio).

schuldenaar of diens dreigende faillissement kent of behoort te kennen, zal in het algemeen niet voldoende zijn om de gevolgtrekking te wettigen dat die schuldeiser misbruik maakt van zijn bevoegdheid te weigeren met het hem aangeboden buitengerechtelijk akkoord in te stemmen. Daarvoor zijn bijzondere feiten en omstandigheden nodig en het ligt op de weg van de debiteur die te stellen en (bij voldoende tegenspraak) te bewijzen.²⁸

Ook in Frankrijk worden de begrenzings die aan het misbruik van bevoegdheid gesteld worden door het criterium van de uitsluitende bedoeling een ander schade te berokkenen als wel heel eng ervaren. Derhalve wordt steeds weer gepoogd die grenzen op te rekken. Een eerste, overigens zeer beperkte, maar wel met succes bekroonde poging daartoe betrof de bronnen van Saint Galmier. In dat geval had de eigenaar in zoverre belang bij de door hem aangelegde werken, dat zij hem een drukmiddel gaven in de onderhandelingen over de prijs van zijn grond. Desalniettemin werd dit belang rechtens zonder betekenis geoordeeld. Coquerel vond een opvolger in M. Lascarettes die een lange rij populieren plantte, precies op de aanvliegroute van het nabijgelegen vliegveld dat in gebruik was bij Turbomeca SA. In dat geval verweet de Cour d'Appel de Pau aan Lascarettes de aanplant *par malice et sans intérêt sérieux pour lui-même*, niettegenstaande het onmiskenbare recht van de eigenaar op de ruimte boven zijn grond (art. 552 C.c.) en zij kwalificeerde deze handelingen als onrechtmatig, mede omdat zij de (technische) vooruitgang en de commerciële exploitatie door Turbomeca in de weg stonden. Overigens is opvallend dat de Cour d'Appel de Pau zich in de gekozen bewoordingen uitdrukkelijk en met zoveel woorden aansloot bij de bestaande, enge criteria, volgens welke van misbruik van bevoegdheid alleen sprake kan zijn wanneer de uitsluitende bedoeling om de ander te benadelen voorzit bij de handelende persoon, dan wel wanneer hij handelt zonder enig eigen belang. De annotator Roberts achtte overigens deze uitspraak slechts passend in een voorbij tijdperk. Hij vestigde er de aandacht op dat in een maatschappij die zegt te streven naar een ecologisch verantwoorde inrichting van de bodem de voorkeur van Lascarettes voor het zachte fluisteren van de zilveren bladeren van de hoge populieren boven het gebrul van vliegtuigmotoren en voor de kalme rust en de schaduw van de bomen boven de stank van kerosine misschien zo langzamerhand als een rechtens relevant belang moet worden aangemerkt, zoals trouwens het Tribunal de grande Instance van Pau had gedaan in zijn vonnis a quo, maar dat bleef dus niet in stand.²⁹

28 HR 12 augustus 2005, NJ 2006,230 m.nt. P. van Schilfgaarde.

29 Pau, Cour d'Appel 30 september 1986, D.1989 Somm., p. 32 m.nt Roberts.

5.2 Détournement de pouvoir

Het volgende in artikel 3:13 BW neergelegde voorbeeld is het gebruiken van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor die mocht zijn verleend. Intussen lijkt dit criterium in het publiek recht gemakkelijker te hanteren dan in het privaatrecht, reeds omdat in het burgerlijk recht tal van bevoegdheden niet met het oog op een bepaald doel zijn gegeven (het eigendomsrecht, de erfpacht), maar zelfs als dat wel het geval zou mogen zijn (voogdij, bewind), dan nog is daarmee nog niet onmiddellijk gezegd dat het recht die bevoegdheid uitsluitend met dat specifieke doel heeft verleend, zoals bijvoorbeeld voor het merkenrecht of het wisselrecht geldt. Derhalve kan niet gezegd worden dat deze beide criteria op hetzelfde neerkomen. In het geval het recht de bevoegdheid verleent zonder daarbij exclusief een bepaald doel op het oog te hebben, dan komt *détournement de pouvoir* niet in het zicht, wel het verbod met het uitsluitend oogmerk de ander te benadelen, maar verleent het recht daarentegen de bevoegdheid exclusief voor een bepaald doel (ouderlijke macht, voogdij, bestuurs- en beheersbevoegdheden van de bewindvoerder of de curator), dan kan de doeloverschrijding misbruik ervan impliceren.

Een gecompliceerd probleem in dit verband hangt samen met de gemeentelijke mogelijkheid om voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten op te nemen, ook als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond beperkt of verboden wordt of kan worden, dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is. De Wet op de Ruimtelijke Ordening staat daaraan niet in de weg.³⁰ Dat bleek in de volgende zaak. De Gemeente Amsterdam had in 1970 een perceel grond in de haven verkocht en geleverd aan de Amsterdamsche Droogdok Maatschappij NV (hierna: ADM) voor een koopprijs van f 1.522.433,50. In de akte van levering was een bestemmingsbepaling opgenomen inhoudende dat het terrein voor scheepsbouw was bestemd en een eerste recht van terugkoop door de Gemeente. In 1997 was ADM gedwongen om de scheepswerf te sluiten. Inmiddels had ADM de juridische eigendom van het terrein ingebracht in Westhaven BV, dat dus ook de contractuele aanbiedingsplicht van ADM moest nakomen. Dat deed ADM keurig en de onderhandelingen leidden tot een concept- intentieovereenkomst, waaraan vervolgens de gemeenteraad zijn goedkeuring onthield omdat hij de koopsom van f 26 miljoen te hoog vond. Westhaven heeft daarop het terrein aan Chidda c.s.

30 HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS, AB 1991, 659 m.nt. FHvdB (Kunst- en Antiekstudio Lelystad), herhaald in HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 m.nt. prof. mr. Jac. Hijma; AB 2005, 58 m.nt. GAvdV.

verkocht voor f 27 miljoen en geleverd. Inmiddels had de raad wel het bestemmingsplan gewijzigd. Scheepsbouw was ter plaatse onmogelijk geworden en dus werd aan het gebied een algemenere bestemming gegeven, namelijk voor havengebonden industrie en handel. Mag Chidda nu, ondanks het in een kettingbeding neergelegde bestemmingscriterium op het gekochte terrein een cacao-overslag/opslag realiseren? De huurder kreeg de daarvoor noodzakelijke milieuvergunning, de bouwvergunning. Plotseling gooide de gemeente echter roet in het eten; zij wenste Chidda aan het bestemmingsbeding in de koopovereenkomst te houden, dan wel alsnog haar recht van eerste koop uit te oefenen, en wel tegen de voorwaarden van de conceptintentieovereenkomst, dus tegen een koopsom van f 26 miljoen. Het was duidelijk dat het financiële belang daarbij enorm was. Zonder de beperking tot scheepsbouw had het perceel een waarde van ca. 80 miljoen, met die beperking dus hoogstens 26 miljoen. De rechtbank oordeelde dat de gemeente de bestemmingsbepaling van artikel 2 lid 1 gebruikt om Chidda ertoe te bewegen het terrein voor een lage prijs aan haar te verkopen en dat de gemeente artikel 2 lid 1 aldus voor een ander doel gebruikte dan waarvoor het destijds was bestemd. Volgens de rechtbank leverde het beroep op die bestemmingsbepaling van de kant van de gemeente misbruik van bevoegdheid op. Het hof vernietigde echter het vonnis van de rechtbank en wees de vorderingen van Chidda af. Anders dan de rechtbank was het hof van oordeel dat de gemeente een redelijk belang had bij handhaving van de privaatrechtelijke bestemmingsbepaling van artikel 2 lid 1 en dat het ongewijzigd voortduren daarvan niet in strijd is met het algemeen belang. Ook al zou handhaving van de bestemmingsbepaling er toe leiden dat Chidda zich genoodzaakt zou zien het terrein aan de Gemeente te koop aan te bieden en ook al zou de gemeente het terrein – na terugkoop – zelf gaan ontwikkelen overeenkomstig de publiekrechtelijke bestemmingsbepaling, dan nog hanteerde de gemeente, aldus het hof, deze bepaling niet voor een ander doel dan waarvoor zij gegeven is, aangezien voor de gemeente handhaving van deze bepaling in samenhang met de overige bepalingen van het kettingbeding (mede) een ander doel diende dan de planologische inrichting van het gebied, te weten greep te houden op de (schaarse) door haar uitgegeven gronden en een financieel-economisch belang. Derhalve was volgens het hof van misbruik van bevoegdheid of *détournement de pouvoir* van de zijde van de gemeente niet gebleken. Het beroep van Chidda c.s. op artikel 6:259 lid 1 BW faalde dan ook. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand. Artikel 3:13 BW kwam in deze procedure niet met

31 D. Triantafyllou, L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire, in Cahiers de droit Européen 2002, p. 611-632; H. Fleischer, Der Rechtsmissbrauch zwischen gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsrecht, in Juristenzeitung 18 (2003), p. 865-874.

zoveel woorden aan de orde; in de contractuele relatie tussen beide partijen is naast de algemene bepalingen van artikel 6:248, 258 en 259 BW (en eventueel de afdeling 6.5.3 betreffende algemene voorwaarden) geen behoefte. Intussen beleeft deze categorie van het *détournement de pouvoir* thans een *revival* op het niveau van het Europese recht.³¹ Wij noemden al even (hierboven, bij voetnoot 9) de Centros zaak en de conclusie van de A-G Antonio La Pergola daarvoor.³² Het ging daar in wezen om de vrijheid van vestiging van vennootschappen. Denemarken kende destijds (en kent nog) voorschriften inzake de oprichting van vennootschappen met betrekking tot de storting van een minimumbedrag aan maatschappelijk kapitaal, die aanzienlijk strenger waren dan elders. Een Deens echtpaar besloot derhalve een vennootschap in Engeland op te richten en te vestigen overigens zonder de intentie daar enige activiteit te ontplooien. Het ging er alleen maar om een aanzienlijke besparing te realiseren; in feite verrichtte de betrokken vennootschap immers al haar werkzaamheden in Denemarken in wat het echtpaar een filiaal van de vennootschap noemde. Het hof oordeelde dat het recht om een vennootschap op te richten in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en filialen in het leven te roepen in andere lidstaten, inherent is aan de uitoefening, binnen een gemeenschappelijke markt, van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging. Daarbij mag men best als vestigingsplaats het land met het meest gunstige fiscale regime of de minst bezwaarlijke vereisten voor de oprichting kiezen. De keus om een vennootschap op te richten in de lidstaat waar de regels van vennootschapsrecht hem de minste beperkingen opleggen, en in andere lidstaten filialen op te richten, levert op zich nog geen misbruik van het recht van vestiging op. Dat ligt echter anders wanneer van vennoten wordt aangetoond dat zij, via de oprichting van een vennootschap in een andere verdragsstaat, in werkelijkheid trachten zich te onttrekken aan hun verplichtingen jegens particuliere of openbare schuldeisers die op het eigen grondgebied gevestigd zijn. Dan is sprake van misbruik van een aan het gemeenschapsrecht ontleende bevoegdheid.

Overigens hoeft deze uitspraak geen verwondering te wekken. Zij ligt in lijn met eerdere uitspraken over U-bocht constructies, als bijvoorbeeld in de zaak van het Commissariaat voor de Media tegen TV10.³³ Weliswaar mocht TV10 zich in het Groothertogdom Luxemburg vestigen om de Nederlandse wetgeving te ontgaan of zelfs te ontduiken, omdat de vrijheid van diensten nu eenmaal daartoe strekt, maar dat neemt niet weg, dat Nederland deze zender TV10 mocht aanmerken als een nationale omroepinstelling, aange-

32 Hof van Justitie EG 9 maart 1999, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Zaak C-212/97, Rechtspraak 1999, p. I-1459.

33 Hof van Justitie EG 5 oktober 1994, *TV10 v. Commissariaat voor de Media*, Zaak C-23/93, Rechtspraak 1994, p. I-4795.

zien TV10 zich in Luxemburg had gevestigd met geen ander doel dan om aldaar uitsluitend op Nederlands grondgebied gerichte diensten te verrichten, en Nederland slechts door TV10 als nationale omroepinstelling aan te merken zou kunnen verhinderen dat TV10 zich dankzij de uitoefening van de door het Verdrag gegarandeerde vrijheden kunnen onttrekken aan de uit de Mediawet voortvloeiende verplichtingen betreffende de pluriforme en niet-commerciële inhoud van de programma's.

Ook het tegenovergestelde van deze pogingen tot het ontgaan of ontduiken van wetgeving van de eigen staat doet zich voor, namelijk wanneer iemand zich op het grondgebied van een andere lidstaat vestigt met het uitsluitende doel om voordelen te verwerven waarvoor men in eigen land niet in aanmerking komt. Bekend is het geval van mevrouw Lair, een dame van Franse nationaliteit, die gedurende korte tijd een baantje had gehad in Duitsland en die vervolgens in aanmerking wenste te komen voor de in Duitsland voor eigen onderdanen bestemde studietoelagen.³⁴ Dat zij gerechtigd zou zijn tot dezelfde behandeling als studenten met de Duitse nationaliteit is echter slechts door het gemeenschapsrecht voorgeschreven voor zover het gaat om inschrijvings- en dergelijke kosten, waaronder schoolgelden. Aan studenten terzake van het levensonderhoud en opleiding toegekende steun valt in beginsel buiten de werkingssfeer van het EU-verdrag, omdat dat namelijk aan de ene kant valt onder het onderwijsbeleid (dat als zodanig niet onder de bevoegdheid van de gemeenschapsinstellingen is gebracht) en aan de andere kant onder de sociale politiek (die in hoofdzaak de bevoegdheid van de lidstaten gebleven is, althans voor zover zij niet door bijzondere bepalingen van het verdrag wordt beheerst).

In dezelfde orde van grootte ligt de zaak van de Spaanse vissers die hun vissersschepen wensten in te schrijven in de Britse registers met het uitsluitend oogmerk om in aanmerking te komen voor een evenredig gedeelte van de Britse visvangstquota. Het Hof van Justitie oordeelde het in strijd met het gemeenschapsrecht, wanneer de nationale wetgeving als voorwaarde voor de inschrijving zou stellen dat de eigenaar (of de charterer en anderen) de Britse nationaliteit zouden hebben, dan wel dat ten minste 75 procent van de aandelen in handen van Britse onderdanen zou moeten zijn. De bevoegdheid om een vissersschip in een andere lidstaat te doen registreren is echter niet ongelimiteerd. De nationale wetgever mag uitmaken dat die bevoegdheid kan worden misbruikt en dus als voorwaarde voor registratie stellen dat de reders activiteiten met betrekking tot het schip vanuit Groot-Brittannië moeten geschieden.³⁵

34 Hof van Justitie EG 21 juni 1988, *Lair v. Universität Hannover*, Zaak C 1986/39, Rechtspraak 1988, p.3161.

35 Hof van Justitie EG 25 juli 1991, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, Zaak C-221/89, Rechtspraak 1991, p.I-3905.

5.3 Belangenafweging

Aldus beschouwd is in de historische ontwikkeling een zekere lijn te ontwaren: het verbod van misbruik van bevoegdheid het begint bij de handelingen met de uitsluitende bedoeling om de ander te benadelen, anders gezegd bij de handelingen zonder enig belang, om dan via de handelingen met een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend vervolgens uit te komen bij de handelingen zonder enig redelijk (rechtens relevant) belang.

Het Duitse BGB en de Italiaanse Codice civile houden het, althans in de wettelijke formulering, bij het eerste criterium. Het Duitse recht verbiedt chicaneuze rechtsuitoefening; het Italiaanse recht neemt aan dat alleen dan van misbruik van bevoegdheid mag worden gesproken, wanneer bij de handelende persoon de uitsluitende bedoeling om een ander te benadelen voorzigt: de *animus nocendi*, zei men vroeger, aldus een (in hoofdzaak) subjectief criterium formulerend. In het verleden is ook in Nederland die opvatting gehuldigd, maar in de loop van de ontwikkeling heeft het inzicht aan belang gewonnen, 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. Daarmee doet een (in hoofdzaak) objectief criterium zijn intrede. De ernst van de schade die de handelende aan belangen van derden toebrengt bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid wordt mede afgewogen tegen de eigen belangen van de handelende. Intussen gaat het hier niet om een eenvoudige belangenafweging; zwaarwegend is in ieder geval om te beginnen het feit dat de rechthebbende handelt binnen de kring van de hem door het recht toegekende bevoegdheden. Hij mag die bevoegdheden naar eigen goeddunken uit te oefenen; op hem rust allermint de plicht die uitsluitend in het belang van derden aan te wenden. In dit verband is de tekst van de wet zorgvuldig overwogen. Zij spreekt niet van: naar redelijkheid niet had *mogen* komen, maar van: naar redelijkheid niet had *kunnen* komen. Daarmee geeft de wet te kennen dat ieder redelijk oordelend mens in het gegeven geval tot dezelfde conclusie zal moeten komen.

Wil de uitoefening van een bevoegdheid op grond van het bepaalde in artikel 3:13 BW misbruik ervan opleveren, dan moet zij geen hoge mate onredelijk en onbillijk zijn. Van misbruik is eerst sprake, wanneer geen weldenkend mens in redelijkheid tot de uitoefening van die bevoegdheid had kunnen komen. Dit roept overigens het criterium voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) in herinnering, volgens hetwelk voor het buiten toepassing laten van een krachtens overeenkomst tussen partijen geldende regel nodig is dat het beroep daarop in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Wanneer derhalve een tussen twee personen bestaande

rechts- verhouding voor een van hen bevoegdheden in het leven roept, dan vallen de beperkingen die de redelijkheid en billijkheid, respectievelijk het verbod van misbruik aan de uitoefening ervan aanleggen samen. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is de uitoefening van een bevoegdheid waartoe de handelende, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang daarbij en het belang dat daardoor wordt geschaad, niet tot die uitoefening had kunnen komen.

Intussen verschilt het vertrekpunt. Bij het misbruik van bevoegdheid is het uitgangspunt de eigen bevoegdheid van de handelende en diens vrijheid om die bevoegdheid naar eigen goeddunken uit te oefenen, welke bevoegdheid echter geen absolute vrijbrief impliceert om ongebreideld te schaden: *Un droit porté trop loin devient une injustice*, zei Voltaire. Bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is het uitgangspunt daarentegen de legitieme verwachtingen die de wederpartij heeft en mag koesteren van de handelende. Het verschil in uitgangspunt van beide redeneringen zal echter niet tot een verschil in uitkomst leiden.³⁶ Men kan zich derhalve afvragen of in het contractenrecht aan toetsing van de uitoefening van contractuele bevoegdheden aan artikel 3:13 wel behoefte bestaat naast de aldaar bestaande toetsingsmaatstaven van artikel 6:248 (redelijkheid en billijkheid) en de andere daarmee rechtstreeks samenhangende bijzondere bepalingen zoals artikel 6:259 lid 1. Die vraag wordt over het algemeen ontkennd beantwoord.³⁷

De verhouding tussen de begrippen, misbruik van bevoegdheid enerzijds, en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) is die van *species* en *genus*, waarbij de eerste zich in het bijzonder van de tweede onderscheidt door de bijzondere nadruk op de hoedanigheid van recht-hebbende, die bij de belangafweging een zwaarwegende rol speelt. Een tweede onderscheid is dat blijkens de tekst van artikel 3:13 er bevoegdheden bestaan die uit hun aard niet kunnen worden misbruikt. De Toelichting Meijers noemt als zodanig nog de zogenaamde wilsrechten (*Gestaltungsrechte, droits discretionaires*) en vertolkte daarmee een zienswijze die teruggaat op Josserand, maar die tegenwoordig als verouderd moet worden beschouwd.³⁸ Ten aanzien van een niet onbelangrijk aantal daarvan, zoals de bevoegdheid om wederkerige overeenkomst met inachtneming van de (wettelijk of contractueel) bepaalde termijn op te zeggen is inmiddels door

36 Aldus de AG De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor HR 2 december 2005, NJ 2007, par. 11.

37 Aldus de P-G Hartkamp in diens conclusie voor HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 m.nt. prof. mr. Jac. Hijma

38 E.J.H. Schrage, Wilsrechten en de Action Oblique. Over hoogst persoonlijke bevoegdheden en de uitoefening daarvan door crediteuren en andere derden, in WPNR 134 (2003), 6539, p. 516-524.

de rechtspraak aanvaard dat ook die bevoegdheid kan worden misbruikt, zulks in overeenstemming met het Duitse en het Franse recht.

Er blijven echter ook in deze tijd, waarin de geheel naar vrije willekeur uit te oefenen bevoegdheden verregaand worden teruggedrongen met de toewijding van het besef dat bij het uitoefenen daarvan voor iedereen de plicht bestaat om de belangen van zijn medemensen en van de maatschappij niet geheel te verwaarlozen, desalniettemin voorbeelden denkbaar, waarvan niet goed voorstelbaar is dat zij zouden kunnen worden misbruikt. Reeds het Romeinse recht dacht hier aan de testeervrijheid, de bevoegdheid om, behoudens de rechten van de legitimarissen, vrijelijk over het vermogen na dode te beschikken, inclusief de bevoegdheid om de uiterste wil eenzijdig te herroepen en alsnog erfgenamen bij versterf te onterven, alsmede de bevoegdheid om legaten te maken, te herroepen of te wijzigen. Ook tegenwoordig zal een erfflater die zijn vrouw of kind onterft niet licht zijn bevoegdheid misbruiken, zelfs niet wanneer hij dat doet met de uitsluitende bedoeling betrokkene zoveel mogelijk dwars te zitten. Het hedendaagse Franse recht denkt aan een aantal bevoegdheden op het gebied van het familierecht, zoals de bevoegdheid van de ouders om hun toestemming tot het huwelijk van hun minderjarige kind te weigeren (art. 148 Cc)³⁹ of om het huwelijk van hun kind te stuiten (art. 173 Cc). Naar Nederlands recht mist de vraag of die bevoegdheid kan worden misbruikt voor de praktijk ieder belang, doordat de toestemming van de weigerachtige ouders op verzoek van de minderjarige kan worden vervangen door die van de kantonrechter (art. 1:36 BW). Het criterium voor het verlenen van toestemming is het belang van de minderjarige. De kantonrechter onderzoekt of de weigering, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten.⁴⁰ Ook de stuiting van een voorgenomen huwelijk kan worden opgeheven door een in kracht van gewijsde gegane beschikking, gegeven op verzoek van een belanghebbende (art. 1:55, sub d BW). Iets dergelijks geldt indien de moeder van een kind dat de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt haar toestemming voor de erkenning van dat kind door de verwekker wenst te weigeren. Sinds de herziening van het afstammingsrecht⁴¹ bepaalt artikel 1:204 lid 3 BW, dat die toestemming kan worden vervangen door de toestemming van de rechtbank, indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden. Voordien bestond niet een rechtstreekse mogelijkheid van vervangende rechterlijke toestemming, maar de rechtspraak nam aan dat een weigering van toestemming door de moeder in voorkomende gevallen in strijd

39 Zie de noot van Josserand onder Lyon 23 januari 1907, D. 1908.2. 73.

40 HR 20 december 1985, NJ 1987, 54.

41 Wet van 24 december 1997, S. 1997, 772, inwerking getreden op 1 april 1998 (S. 1998, 126).

kon zijn met het tweede lid van artikel 8 EVRM. Dat was het geval indien de weigering slechts als misbruik van bevoegdheid kon worden opgevat. In de gebruikelijke situatie, waarin de moeder met het kind in gezinsverband samenleefde, het verzorgde en opvoedde, was van misbruik slechts sprake indien de moeder geen enkel te respecteren belang bij haar weigering had.⁴² Indien de vereiste toestemming van de ouders, respectievelijk van de moeder kan worden vervangen door een rechterlijke toestemming is er geen behoefte meer aan een toetsing van de weigering aan de criteria voor het misbruik van bevoegdheid, omdat die vervangende toestemming gegeven wordt met inachtneming van alle bijzonderheden van het geval. Overigens neemt ook in Frankrijk de rechterlijke controle op de toestemming toe via de procedures van artikel 149, 155, 182-184 CC.

Ook op het gebied van het vermogensrecht kent het Franse recht een enkel niet voor misbruik vatbaar subjectief recht. Te denken valt aan het recht van de eigenaar van een aangrenzend erf om de muur die tegen de erfscheiding staat mandelig te maken door betaling van de helft van de prijs van de oprichting ervan en de helft van de grondprijs (art. 611 Cc). Volgens de rechtspraak is deze bevoegdheid absoluut en niet voor misbruik vatbaar.⁴³ Overigens kent het Nederlandse recht niet een dergelijke bevoegdheid. Voor Frankrijk gaat zij terug op een wet van 17 mei 1960 (L. nr. 60-464).

Eveneens oordeelde de Franse rechtspraak de in artikel 673 lid 3 Cc neergelegde (en op grond van de tekst van de wet niet voor verjaring vatbare zijnde) bevoegdheid van de eigenaar om de overhangende takken en twijgen en de doorschietende wortels van op het terrein van de buurman staande bomen of struiken af te zagen of te snijden niet voor misbruik vatbaar is.⁴⁴ Naar Nederlands recht moet daarover anders worden geoordeeld. Zo zal het afsnijden van takken of weghakken van wortels waardoor onevenredig grote schade aan de eigenaar van de beplantingen wordt toegebracht wel degelijk misbruik van bevoegdheid kunnen opleveren, ook al omdat de eigenaar bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden 'de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen' in acht dient te nemen (art. 5:1 lid 2 BW).⁴⁵

Een bevoegdheid die onlangs in de Nederlandse literatuur en jurisprudentie aan de orde is geweest betreft het wilsrecht van de cliënt van een bank dat ligt besloten in diens bevoegdheid om door afroep te beschikken over de hem toegestane, doch niet-benutte kredietruimte. De Hoge Raad heeft daarvan beslist dat die kredietruimte naar zijn aard niet vatbaar is voor beslag en

42 HR 18 mei 1990, NJ 1991, 375 m.nt. EEL en EAA; HR 22 februari 1991, NJ 1991, 376 m.nt. EAAL, HR 17 december 1999, NJ 2000, 121 en laatstelijk HR 16 juni 2006, NJ 2006, 339.

43 Cour de Cassation Civ. 3e, 4 juni 1975: Bull. civ. III, nr. 192.

44 Cour de Cassation Civ. 3e, 16 januari 1991: Bull. civ. III, nr. 25.

45 Parl. Gesch. Boek 5, p. 195.

executie omdat dit recht niet kan worden overgedragen, terwijl het onderhavige wilsrecht gezien zijn aard evenmin door de beslaglegger in de plaats van de beslagene/cliënt kan worden uitgeoefend nu uitoefening van dit wilsrecht door de beslaglegger niet op zinvolle wijze mogelijk is in verband met de verrekeningsmogelijkheden van de bank. Daarmee lijkt misbruik van de bevoegdheid om die kredietruimte al dan niet te benutten uit haar aard onmogelijk.⁴⁶

Geheel in lijn hiermee ligt de bevoegdheid van de auteur om zich te verzetten tegen openbaarmaking van zijn werk. Ook die bevoegdheid lijkt zich niet voor misbruik te lenen, anders dan het portretrecht. Artikel 21 Auteurswet kent in samenhang met artikel 30 en 35 de geportretteerde een bescherming toe met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, maar het beroep daarop komt slechts voor honorering in aanmerking indien een redelijk belang zich tegen openbaarmaking verzet. Het enkele feit dat een ten tijde van het maken van de foto op een naturistencamping 18-jarig meisje naakt is afgebeeld levert *eo ipso* een redelijk belang op dat zich tegen openbaarmaking ervan verzet.⁴⁷ Deze bevoegdheid om zich tegen openbaarmaking te verzetten heeft echter niet 'een absoluut gewicht'. Denkbaar is, dat zij in conflict komt met het recht op vrijheid van meningsuiting. In dat geval zal het gaan om twee vrijheden die enerzijds voor de ontplooiing van het individu, anderzijds voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn. De Hoge Raad heeft bij herhaling uitgemaakt dat er geen grond bestaat tussen deze beide rechten een rangorde te aanvaarden.⁴⁸ De rechter dient in geval van een dergelijk conflict een afweging moeten maken met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval teneinde aldus te beslissen welk van beide fundamentele rechten in het onderhavige geval zwaarder weegt.⁴⁹ Misbruik van portretrecht is derhalve niet ondenkbaar.

Deze laatste drie gevallen tonen wel dat voorbeelden, waarvan niet goed voorstelbaar is dat zij zouden kunnen worden misbruikt naar Nederlands recht op zijn minst genomen uiterst zeldzaam zijn, zeldzamer in ieder geval dan in verscheidene andere jurisdicties.

46 HR 29 oktober 2004, NJ 2006,203 m.nt. H.J. Snijders.

47 30 oktober 1987, NJ 1988, 277.

48 HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361.

49 HR 21 januari 1994, NJ 1994,473 m.nt. DWFV.

6 Verhouding misbruik van bevoegdheid enerzijds, onrechtmatige daad anderzijds

Als aldus het misbruik van bevoegdheid enerzijds, en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid met behulp van artikel 3:13 en 6:256 lid 2 nader zijn afgepaald, dan rijst bovendien nog de vraag naar de verhouding tussen het misbruik van bevoegdheid en de onrechtmatige daad. Den Tonkelaar noemt de opvatting dat misbruik van bevoegdheid een onrechtmatige daad betekent en (uitsluitend) als zodanig moet worden behandeld, achterhaald.⁵⁰ Die kwalificatie is voor het Nederlandse recht om minstens twee redenen juist. Ten eerste verschillen de criteria aan de hand waarvan een bepaald optreden als onrechtmatige daad, respectievelijk als misbruik van bevoegdheid wordt aangemerkt en vervolgens blijkt ook de sanctie op misbruik van bevoegdheid niet samen te vallen met die op de onrechtmatige daad.

Het eerste probleem kwam uitdrukkelijk aan de orde in een recent arrest van de Hoge Raad.⁵¹ De feiten waren de volgende. De Ontvanger was in september 1995 voornemens om uit kracht van enige uitgevaardigde dwangbevelen executoriaal (bodem-) beslag te leggen op aan de belastingplichtige, een BV, toebehorende roerende zaken in of bij diens bedrijfspand. De statutair directeur van de BV heeft op 4 september 1995 na aankomst van de deурwaaarder telefonisch overlegd met de Ontvanger en op zijn verzoek bleek de Ontvanger bereid om het bodembeslag achterwege te laten ten einde lopende onderhandelingen over de verkoop van de aandelen niet te frustreren. Die waren namelijk inmiddels zover gevorderd dat de directeur, althans naar zijn zeggen, verwachtte dat de gehele transactie binnen enkele dagen zou kunnen worden afgewikkeld. Binnen een week, op 8 september 1995, verhuurde echter de BV het bedrijfspand aan de bank, daarmee het bodembeslag vrijdelend. Het pand, de bodem, was immers vanaf dat moment in handen van de bank. Op diezelfde dag berichtte de BV aan de Ontvanger niet meer aan haar financiële verplichtingen te kunnen voldoen en het faillissement te zullen aanvragen. De curator deelde vervolgens de Ontvanger mee dat de opbrengst van de bedrijfsmiddelen geheel ten goede zal komen aan de pandhouders en dat er voor de Ontvanger niets meer zou overschieten. Die sprak daarop de statutair directeur aan. De rechtbank begreep de vordering als gebaseerd op onrechtmatige daad en wees haar toe. Het hof oordeelde dat de enkele omstandigheid dat door het sluiten van de huurovereenkomst door de BV met de bank aan het door de Ontvanger voorgenomen

⁵⁰ J.D.A. den Tonkelaar in *Groene Serie Privaatrecht*, ad 3:13, aant. 28 en 31.

⁵¹ HR 30 september 2005, NJ 2006, 312, m.nt. P. van Schilfgaarde.

bodembeslag de zin werd ontnomen, nog niet meebrengt dat het sluiten van die overeenkomst als een onrechtmatige daad jegens de Ontvanger moet worden aangemerkt. Dat zou nog anders kunnen zijn, indien het enige doel van de huurovereenkomst was het bodembeslag van de Ontvanger te frustreren. In dat geval zou van misbruik van (vertegenwoordigings-)bevoegdheid van de kant van de statutair directeur gesproken moeten worden, maar de aangevoerde feiten rechtvaardigen dat oordeel niet, aldus het hof.

De Hoge Raad riep een tien jaar ouder arrest in herinnering.⁵² In die zaak had de faillissementscurator een gebouw waarin zich tot zekerheid overgedragen goederen bevonden, aan de zekerheidseigenaar verhuurd. De Ontvanger sprak daarop de zekerheidseigenaar aan, stellende dat op die overeenkomst geen beroep zou kunnen worden gedaan jegens de Ontvanger, wanneer de curator en de zekerheidseigenaar 'zich kennelijk ten doel hadden gesteld een reeds dreigend bodembeslag te frustreren.' In 1985 liet de Hoge Raad de juistheid van dat betoog in het midden, omdat het hof feitelijk had vastgesteld dat dit geval zich niet voordeed. De Hoge Raad maakt echter tevens duidelijk, dat de situatie die ten grondslag lag aan het arrest van 1985 op essentiële punten verschilt van de zaak die in 2005 moest worden beslist. In 1985 ging het om de verhouding tussen twee schuldeisers van dezelfde debiteur. Aan die schuldeisers staat het vrij om gebruik te maken van al hun wettelijke en/of contractuele bevoegdheden om hun vorderingen te verhalen, zolang zij tenminste die bevoegdheden niet misbruiken. In de situatie van 2005 ging het echter om de (vertegenwoordiger van de) debiteur zelf en zijn verhouding tot één van zijn crediteuren. In deze situatie gaat het dan ook niet om de uitoefening van een wettelijke of contractuele bevoegdheid, maar om de vraag of de (vertegenwoordiger van de) debiteur zich al dan niet heeft gedragen in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Kortom, in de situatie van het arrest van 2005, waarin het gedrag van de debiteur jegens zijn crediteur moet worden beoordeeld, past het criterium van artikel 6:162 BW, de onrechtmatige daad; in die van het arrest van 1985, waarin het gedrag van twee crediteuren van dezelfde debiteur aan de orde is, past het criterium van artikel 3:13 BW, duidelijk een veel enger criterium.

Het verschil tussen de onrechtmatige daad en het misbruik van bevoegdheid komt ook naar voren, wanneer de sancties op beide nader wordt beschouwd. Dan blijkt namelijk de sanctie op misbruik van bevoegdheid niet samen te vallen met die op de onrechtmatige daad.

Hij die een materiële of formele bevoegdheid misbruikt, zal in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaard worden, eventueel die vordering zien afgewe-

⁵² HR 12 april 1985, NJ 1986, 808.

zen. Het misbruik van processuele bevoegdheden kan overigens wel een veroordeling in de aldus nodeloos gemaakte proceskosten met zich brengen,⁵³ maar aangezien die volgens tarief worden geliquideerd, dekt de vergoeding de werkelijk gemaakte kosten allerminst. Een ander voorbeeld van een sanctie op het misbruik van bevoegdheid die niet samenvalt met die op de onrechtmatige daad is het verval van de misbruikte bevoegdheid zoals in Frankrijk kan worden opgelegd in geval van misbruik van de ouderlijke macht (art. 378-381Cc).

Een bijzonder geval van misbruik van bevoegdheid zal zich voordoen wanneer de hoofdverhuurder die met ontbinding van de huurovereenkomst jegens zijn huurder tevens een veroordeling had verkregen het gehuurde te ontruimen 'met al het zijne en al de zijnen', en dus in beginsel bevoegd is deze veroordeling ook ten uitvoer te leggen jegens de onderhuurder, misbruik van die bevoegdheid maakt, bijvoorbeeld wanneer hij deze veroordeling slechts door samenspanning van verhuurder en huurder tegen de onderhuurder verkregen heeft (zoals wanneer de hoofdhuurder in de ontruimingsprocedure op verzoek van de hoofdverhuurder verstek heeft laten gaan) of wanneer het gebruik maken van die veroordeling, kort gezegd, de onderhuurder onevenredig in zijn belang schaadt.⁵⁴

Meijers heeft nog gewezen op de mogelijkheid dat misbruik van bevoegdheid tot nietigheid of vernietigbaarheid van de verrichte rechtshandeling kan leiden, echter niet als de wet uitdrukkelijk bepaalt dat zij haar geldigheid behoudt.⁵⁵ Toen een directeur-niet-bestuurder in dienst van een stichting door twee van de stichtingsbestuurders, werd ontslagen zonder dat aan het ontslag het vereiste besluit van het bestuur van de stichting ten grondslag lag, oordeelde de Hoge Raad dat het ontbreken van een bestuursbesluit op zichzelf niet af kon doen aan de statutaire bevoegdheid van de twee bestuurders om de stichting te vertegenwoordigen. Zie thans artikel 2:130 lid 3 BW. Dit betekent dat de ontslagen directeur in beginsel geen beroep toekomt op het ontbreken van het voor het ontslag vereiste bestuursbesluit. De Hoge Raad liet echter ruimte voor een andere uitkomst, namelijk wanneer onder de omstandigheden van het geval de uitoefening van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging zonder een daaraan ten grondslag liggend geldig bestuursbesluit tegenover de wederpartij misbruik van bevoegdheid zou opleveren.⁵⁶ Indien een arbeidsovereenkomst met een beroep op de proef-

53 Hugenholtz/Heemskerk, 21e druk, 2006, p. 14; M. Bruning, Misbruik van procesrecht in burgerlijke zaken; alleen een rechtvaardig doel heiligt de middelen, in: W.E. Haak (ed.) *WB der Nederlanden (WB-bundel)*, Nijmegen: 2003. Zie ook de conclusie van de A-G Wesseling-van Gent voor HR 20 januari 2006, NJ 2006,76.

54 HR 29 november 1985, NJ 1986, 276; m.nt. PAS.

55 E.M. Meijers, *Verz. Priv. Opst. I*, p. 79.

56 HR 5 januari 1979, NJ 1979, 317 m.nt. Ma (Slijkerman); cf. HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 m.nt. Ma (Sluis).

tijd wordt opgezegd nog voordat de werkzaamheden feitelijk zijn aangevangen, levert dat in beginsel een rechtsgeldige beëindiging op. Wel wordt in zulke gevallen van 'prematuur' proeftijdontslag de opzeggende partij regelmatig veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding wegens schending van de beginselen van goed werkgever- respectievelijk werknemerschap, misbruik van bevoegdheid of onrechtmatige daad.⁵⁷

Schadevergoeding komt in beginsel slechts in aanmerking in het geval misbruik van bevoegdheid eveneens gekwalificeerd zou kunnen worden als een onrechtmatige daad. Daarvoor is vereist dat aan de bij artikel 6:162 gestelde voorwaarden geheel voldaan is (onrechtmatigheid, toerekenbaarheid van de daad aan de dader, schade, causaal verband tussen daad en schade en relativiteit). Toen een organisatie waarbij alle kalverslachten en ook kalvermesters zijn aangesloten weigerde, overigens met een beroep op haar reglementaire bevoegdheid daartoe, om aan een aangesloten slachter toe te staan kalveren te slachten van een niet aangesloten mester leverde die weigering naar het oordeel van het hof misbruik van bevoegdheid op *en* was die weigering onrechtmatig is ten aanzien van die niet aangesloten mester. De Hoge Raad overwoog dat het weigeren gebruik te maken van een jegens een contractuele wederpartij gegeven bevoegdheid onder omstandigheden een onrechtmatige daad jegens een derde kan opleveren.⁵⁸

Overigens vallen ook naar Frans recht de begrippen misbruik van bevoegdheid en onrechtmatige daad niet zonder meer samen. Dat bleek in een zaak waarin een aantal agrarische coöperaties weigerden aan een branchegeenoot maïs te verkopen en te leveren. Een dergelijke weigering kan, ook al levert die op zichzelf geen onrechtmatige daad op, toch misbruik van bevoegdheid opleveren, maar dan rust op de (teleurgestelde) koper de stelplicht en de bewijslast dat aan de vereisten daarvoor (naar Frans recht: de uitsluitende bedoeling om te benadelen of de afwezigheid van ieder belang⁵⁹) is voldaan.⁶⁰ Toch zal naar Frans recht het *abus de droit* vrijwel altijd als onrechtmatige daad in de zin van artikel 1362 Code civil worden gekwalificeerd, allereerst omdat dat rechtstelsel een wel heel ruime interpretatie daaraan geeft en als *faute* ook aanmerkt de *légèreté blamable*, daarnaast ook omdat een speciaal aan het misbruik van bevoegdheid gewijd artikel in de Code civil ontbreekt. Zo besliste de Cour de Cassation (Chambre

57 S.J.H.V. Derhaag, Proeftijdontslag vóór aanvang van de werkzaamheden, ArbeidsRecht nr. 3, 2006, p. 19-24.

58 HR 8 november 1996, NJ 1997, 136.

59 Cour de Cassation (Civ 1) 20 januari 1964, D. 1964, 518; J.C.P. 1965.14.035 m.nt. Oppetit: Attendu que l'exercice du droit de propriété, qui a pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime, ne saurait autoriser l'accomplissement d'actes malveillants, ne se justifiant par aucune utilité et portant préjudice à autrui.

60 Cour de Cassation (Com) 18 december 2001, Bull. civ. IV, nr. 201; D. 2002. Somm. 3009, obs. Ferrier.

social) dat de werkgever Loxam zijn discretionaire bevoegdheid om gedurende de proeftijd de werknemer te ontslaan had misbruikt (en dus een onrechtmatige daad begaan), toen Loxam op 2 oktober 1995 een arbeidsovereenkomst met een proeftijd van drie maanden was aangegaan met een 45-jarige man, die daarvoor ontslag had genomen bij zijn vorige werkgever om hem vervolgens op 10 oktober alweer te ontslaan, zonder opgave van redenen en zonder hem gewezen te hebben op enig gebrek in zijn taakvervulling.⁶¹ Evenzo wordt als onrechtmatige daad gekwalificeerd het ontijdig afbreken van onderhandelingen, wanneer dat afbreken op een verwijtbare lichtzinnigheid berust,⁶² evenals het zonder enige redenen te geven verbreken van een langjarige en in financieel opzicht belangrijke relatie met een leverancier na zelf de indruk gewekt te hebben die ongewijzigd te zullen continueren.⁶³

De consequentie van dit een en ander is, dat naar Frans recht de aan de theorie van de onrechtmatige daad en de tekst van artikel 1362 C.c. ontleende categorieën van onrechtmatigheid, causaal verband, verwijtbaarheid (schuld) en schade ook bij het misbruik van bevoegdheid een belangrijke rol spelen. Overigens betekent dit allerminst dat naar Frans recht spoedig misbruik van een bevoegdheid wordt aangenomen. Zo is van misbruik van een processuele bevoegdheid uitdrukkelijk slechts sprake in geval van boosaardigheid dan wel van een kwade trouw of dwaling die grenst aan bedrog.⁶⁴ Slechts op het gebied van het burennrecht kent het Franse recht een ruime interpretatie van het misbruik van eigendomsrecht *La théorie des inconvénients de voisinage* merkt iedere overlast (*trouble anormal*) als ongeoorloofd aan: *Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage*. Wil van misbruik van bevoegdheid sprake zijn dan moet sprake zijn van de afwezigheid van welk belang bij zijn gedraging dan ook voor de handelende partij; in het burennrecht is voor een verbod reeds voldoende wanneer de overlast bovenmatig is. Het moge op zichzelf juist zijn dat in Perpignan het stoken op hout geoorloofd is, ook wanneer het om een pizzabakkerij gaat, wanneer echter de uitstoot van roet en stank de normale proporties (*les inconvénients normaux de voisinage*) te buiten gaat dan is begaat de pizzabakker een onrechtmatige daad.⁶⁵

61 Cour de Cassation (Soc) 5 mei 2004, D 2004, IR 1641.

62 Cour de Cassation (Com) 22 februari 1994, Bull. civ. IV, nr. 79.

63 Cour de Cassation (Com) 28 februari 1995, Bull. civ. IV, nr. 63.

64 Cour de Cassation (Civ. 2e), 11 januari 1973, Gaz. Pal. 1973. 2. 710. Evenzo Cour de Cassation (Com) 4 juli 1995, Bull. civ. IV, nr. 206. Misbruik van de bevoegdheid om een verweer op te werpen in Cour de Cassation (Civ. 1re) 18 juli 1995, Bull. civ. I, nr. 323. Cour de Cassation (Ch. mixte) 6 september 2002: Bull. civ. nr. 5; R., p. 448; JCP 2002. II. 10173, m.nt. Reifegerste (1re esp.); JCP E 2002. 1687, note Viney (2e esp.).

65 Cour de Cassation (3e Civ), 24 oktober 1990, G.P. 1990.I.Pan.43.

Anders dan naar Frans recht vertonen naar Duits recht de begrippen misbruik van bevoegdheid en onrechtmatige daad weinig verbondenheid, allereerst omdat het Duitse recht een enge opvatting inzake de onrechtmatige daad huldigt. Naar luid van paragraaf 823 BGB is het aantal categorieën onrechtmatige daad beperkt tot verwijtbare, wederrechtelijke aantastingen van het leven, het lichaam, de gezondheid, de vrijheid, de eigendom of een ander recht. Vervolgens kent, anders dan het Franse, het Duitse recht in paragraaf 226 BGB een speciale bepaling met betrekking tot het misbruik van bevoegdheid (het chicaneverbod), dat tegenwoordig in het bijzonder geplaatst wordt in het kader van de algemene bepalingen over de goede trouw in paragraaf 242 BGB, zij het met dien verstande dat het *Chicaneverbot* zich, anders dan het beginsel van *Treu und Glauben*, ook laat toepassen buiten het gebied van het verbintenissenrecht.

Nu heeft het leerstuk van het misbruik van bevoegdheid bijkans een Janusgezicht. Aan de ene kant is het een *species* van het *genus* redelijkheid en billijkheid; aan de andere kant verhoudt het echter zich op zijn beurt als *genus* ten opzichte van tal van andere *species*, zoals het misbruik van de bevoegdheid om verdeling van de gemeenschap te vorderen (art. 3:178); misbruik van de bevoegdheid om over te gaan tot reële executie (art. 3:297), misbruik van de bevoegdheid om een rechtsvordering in te stellen in geval van een ontbrekend of onvoldoende belang (art. 3:303) of om een verbodsactie in te stellen in verband met een gedraging die op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen worden geduld (art. 6:168); misbruik van eigendom (art. 5:1 lid 2); van de bevoegdheid om zich te verzetten tegen het gebruik van de ruimte boven of onder de oppervlakte (art. 5:21); hinder (art. 5:37); misbruik van de bevoegdheid verwijdering te vorderen van bomen en planten die te dicht op de erfscheiding staan (art. 5:42) of om overhangende takken of doorschietende wortels te verwijderen (art. 5:44); van de bevoegdheid om zich te verzetten tegen de aanwezigheid van vensters of andere nu openingen binnen twee meter van de erfscheiding (art. 5:50) of om verwijdering te vorderen van overbouw (art. 5:54; het Voorlopig Verslag noemt dit artikel met zoveel woorden een gedetailleerde regeling van een bepaald rechtsmisbruikgeval met gebruikmaking van het zgn. onevenredigheids criterium van (thans) artikel 3:13;⁶⁶ misbruik van de bevoegdheid om opheffing van een erfdiensbaarheid te vorderen (art. 5:79). Ook buiten het terrein van het Burgerlijk Wetboek zijn tal van voorbeelden te vinden, maar de hiervoor genoemde hebben in ieder geval als gemeenschappelijk kenmerk dat zij in de wet geregeld zijn.

66 Parl.Gesch. Boek 3, p. 207 e.v.

7 Enige rechtshistorische opmerkingen

Of het Romeinse recht reeds een (voorloper van) het misbruik van bevoegdheid heeft gekend is een in de literatuur bij herhaling diepgaand besproken vraag. Het antwoord daarop is enigszins gecompliceerd, omdat de van oudsher in dit verband geciteerde teksten ons zijn overgeleverd in de formulering van de zesde eeuw, toen Keizer Justinianus in zijn wetgeving deed opnemen, terwijl buiten kijf staat dat de oorspronkelijke formulering ervan vier a vijf eeuwen ouder is. Zo is er in de Digesten een aan de Romeinse jurist Gaius (rond 160 na Chr.) toegeschreven tekst opgenomen die een ontkennend antwoord lijkt te suggereren: degene die zijn bevoegdheid uitoefent handelt niet arglistig.⁶⁷ Probeert men echter de oorspronkelijke context te reconstrueren waarin Gaius deze woorden waarschijnlijk schreef, dan is de bedoeling van de schrijver zelf vermoedelijk niet meer (of niet minder) dan uit te drukken dat de erflater die binnen de door de legitieme portie gestelde begrenzungen zijn testament opstelt niet behoeft te vrezen dat de gezamenlijke erfgenamen door een teleurgestelde verwachter worden aangesproken. Hetzelfde gold overigens voor degene die een nalatenschap beneficiair aanvaardde.

Er bestaan meer op het eerste gezicht eenvoudige, maar bij nader onderzoek gecompliceerde teksten. Zo is er een aan de Romeinse jurist Paulus toegeschreven tekst, waarin deze uitdrukt dat niemand schade toebrengt, behalve degene die een werk verricht waartoe hij de bevoegdheid mist.⁶⁸ Ook die tekst lijkt in deze algemene en dus verstrekkende zesde eeuwse formulering op gespannen voet te staan met het begrip misbruik van bevoegdheid, maar ook hier was de oorspronkelijke context waarschijnlijk veel beperkter. Het gaat over iemand die een bouwwerk opricht op een openbaar terrein. Van hem wordt gezegd dat hij niemand schade berokkent, zolang hij binnen de grenzen van zijn vergunning blijft.

Nu moge het geheel juist zijn dat de oorspronkelijke context van al deze teksten aanzienlijk enger is dan de uiteindelijke formulering ervan doet vermoeden, maar daar staat tegenover dat de Compilatoren in de zesde eeuw wel degelijk doelbewust die teksten daaruit hebben losgemaakt en vervolgens opgenomen in de 17^e titel van Boek 50 van de Digesten (*de diversis regulis iuris*), dat verschillende rechtsregels van onderscheiden herkomst bijeenbrengt. Het betreft hier kennelijk retorische topoi, die de advocaat of andere juridische raadsman kan bezigen telkens wanneer zij conveniëren met het standpunt dat hij naar voren wenst te brengen. In een debat over misbruik van bevoegdheid (en de daaraan aan te leggen begrenzungen) kunnen deze

67 Dig.50.17.55 (Gaius 2 de testam. ad ed. urb.): Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.

68 Dig.50.17.151 (Paulus 64 ad ed.): Nemo damnus facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.

teksten een rol spelen, maar er zijn ook teksten met een op het eerste gezicht tegenovergestelde strekking. die in der literatuur evenzeer met een Romeinse theorie van het misbruik van bevoegdheid in verband zijn gebracht. Van de reeds genoemde jurist Gaius stamt uit zijn *Institutiones*, het leerboek uit de tweede helft van de tweede eeuw dat zijn naam onsterfelijk heeft gemaakt, de opmerking dat wij ons recht niet malicieus dienen uit te oefenen.⁶⁹ Naar Romeins recht had de eigenaar de bevoegdheid zijn slaven lijfstraffen toe te dienen. Gaius ontkent die bevoegdheid allerminst, maar met kracht brengt hij naar voren dat die bevoegdheid slechts met mate mag worden uitgeoefend. Dat is overigens in overeenstemming met de ethische en wijsgerige opvattingen van zijn tijd die teruggaan tot de Stoïcijnen. Voor hen stond voorop dat niemand zichzelf moest toestaan zich ooit mee te laten slepen door enige hartsdocht of drift, door welke *pathos* dan ook. Het hoogste ideaal is de afwezigheid van *pathos*, de *apatheia*. Geheel in lijn daarmee vertaalt Gaius dat beginsel in tal van concrete situaties, waaronder die van de spijluchtigen, maar ook van de bezitter te goeder trouw van een stuk grond waarop hij, in de mening dat het hem toebehoorde, bouwwerken had aangebracht. Als bij de evictie de eigenaar niet in staat is om de meerwaarde van de grond of de kosten te vergoeden, dan mag de bezitter het zijne wegnemen, maar als hij dat doet behoort hij niet het stucwerk af te krabben of de muurschilderingen te verwijderen, wanneer daarbij bij hem geen andere bedoeling voorziet dan om de eigenaar te benadelen.⁷⁰ Aan die aandrift behoort hij niet toe te geven: *neque malitiis indulgendum est*.

Nu valt aan deze tekst minstens drieërlei op. Allereerst blijkt het eerste voorbeeld uit het moderne artikel 3:13 lid 2 BW waar als misbruik van bevoegdheid wordt gedefinieerd de uitoefening ervan met geen ander doel dan een ander te schaden, reeds te wortelen in het Romeinse recht, en wel in de teksten waarin sprake is van de uitsluitende bedoeling om de ander schade te berokkenen: *animus nocendi*. Het ligt dus voor de hand om de historische ontwikkeling van het leerstuk te bestuderen aan de hand van de latere interpretaties van deze teksten. Ten tweede valt op dat voor dit misbruik niet de term *abusus* wordt gebezigd, ofschoon die wel in de *Digesten* voor-

69 G. 1,53: male enim nostro iure uti non debemus.

70 Dig. 6.1.38 (Celsus 3 dig.): In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablati, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorum puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

komt. Evenals in het latere spraakgebruik betekent *abusus* echter niet zozeer *misbruik* als wel *verbruik*. Het woord komt voor in D. 7.5.5.1, een tekst waarin de vraag aan de orde is, wat rechtens is wanneer het recht van vruchtgebruik zich uitstrekt tot verbruikbare goederen die aan het einde van de overeengekomen termijn blijken te zijn verbruikt (niet dus: *misbruikt*). *Abusus* als zodanig staat tegenover *usus*, een woordgebruik dat zich eeuwenlang handhaafde en dat nog een belangrijke rol gespeeld heeft in de geschiedenis van het eigendomsbegrip, allereerst toen dat vorm kreeg in de in het kader van de Franciscaanse Armoedestrijd ontstane geschriften van Wilhelm van Occam (1290-1327),⁷¹ en vervolgens ook in de beroemde definitie van de eigendom van de Franse Calvinist François Hotman (1524-1590) als het *ius utendi, fruendi et abutendi*,⁷² de bevoegdheid van de eigenaar om het goed te gebruiken, daarvan de vruchten te trekken en dat te verbruiken.⁷³ De directe implicatie is, dat men zich bij het bezigen van de rechtsvergelijkende methode niet op dwaalwegen moet laten leiden door de (niet dieper dan het oppervlak reikende) terminologie alleen. Dat voert tot de derde observatie, die teruggaat op de Franse jurist Josserand, die er in 1939 op gewezen heeft, dat het ontbreken van een geschreven regel in de wetgeving met betrekking tot het misbruik van bevoegdheid in verscheidene rechtssystemen geenszins mag worden geïnterpreteerd als de afwezigheid van de notie als zodanig, aangezien er dikwijls allerlei verschillende concrete regelingen te vinden zijn (bijvoorbeeld op het gebied van het burendrecht, maar daar niet alleen) die als toepassing van een verbindend, onderliggend principe moeten worden aangemerkt, terwijl bovendien de jurisprudentie in het bijzonder op het gebied van het misbruik van bevoegdheid een vernieuwende rol heeft gespeeld.⁷⁴ Kortom, een monografie over het rechtsmisbruik zou eerder inductief moeten worden opgezet en *Fallbezogen* dan deductief, waarbij vooral gelet wordt op de wettekst.

Dat valt te illustreren aan de hand van het eerste hierboven gegeven voorbeeld, de zaak Pickles-Bradford, die al een bijna exacte parallel vindt in de Digesten.⁷⁵ Daarin sluit Ulpianus, een jurist uit de tweede eeuw, zich aan bij zijn voorganger Marcellus en oordeelt dat (als we de tekst aanstonds mogen

71 Guillelmus de Ockham, *Opus nonaginta dierum*, in *Opera politica*, ed. H.S. Offler et al., Manchester 1963, vol. 2, cap. 49.

72 F. Hotman, *Commentarius de verbis iuris antiquitatum romanarum elementis amplificatus*, Venetie 1465, s.v.

73 E.J.H. Schrage, *Actio en Subjectief Recht. Over Romeinse en middeleeuwse wortels van een modern begrip* [Openbare les VU 1977], Amsterdam 1977.

74 L. Josserand, *Essais de téléologie juridique*, I, *De l'esprit des droit et de leur relativité*, Théorie dite de l'Abus des Droits, Parijs 1939, p. 295.

75 Dig. 39.3.1.12 (Ulpianus 53 ad ed.): Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.

actualiseren) het gemeentebestuur van Bredford geen rechtsvordering tegen Pickles heeft, althans zo lang die daadwerkelijk van plan is om *flagstones* uit de grond te halen. In de twaalfde, 13^e eeuw wordt duikt die tekst weer op. De Glossatoren interpreteren de woorden ervan en komen tot de conclusie dat iedereen op zijn eigen grond mag doen wat hij wil, totdat hij optreedt met de uitsluitende bedoeling om te benadelen. Evenmin is het ongeoorloofd om uitsluitende de ander schade te berokkenen zonder zelf enig voordeel te behalen. Volgens de humanistische jurist Andreas Alciatus (1492-1550),⁷⁶ die een speciale studie wijdde aan het begrip fictie in het privaatrecht, mag via het objectieve criterium van de afwezigheid van ieder eigen belang de bedoeling van de handelende om uitsluitend de ander te benadelen worden afgeleid.⁷⁷ Aldus komen beide criteria ongeveer samen te vallen. De gelijkenis met de eerste twee onderdelen van het tweede lid van artikel 3:13 BW is geenszins toevallig. Die twee criteria vormen historisch en rechtsvergelijkend de harde kern van de doctrine van het misbruik van bevoegdheid.

In de loop van de 13^e en 14^e eeuw doet zich een betekenisverschuiving voor bij het woord *aemulatio*. Dat woord heeft oudtijds in het Latijn een dubbele betekenis, een gunstige en een ongunstige. In gunstige zin betekent het zoveel als imitatie. Toen tijdens de Renaissance de geleerden die de klassieke talen meester waren hetgeen zij aan schoonheid en verhevenheid ervoeren bij het aanschouwen of lezen van wat zij beschouwden als hoogtepunten van de klassieke beschaving ook toegankelijk wensten te maken voor anderen, al was het maar om hen te verheffen, stonden hun daartoe drie verschillende niveaus ten dienste. Allereerst konden teksten eenvoudig worden vertaald, *getrouwelijk overgezet*, zoals de Statenvertaling het enige eeuwen later zou uitdrukken. *Imitatio* vereiste meer vakmanschap, omdat daarbij het taaleigen van de oorspronkelijke auteur wordt geëerbiedigd. Hoof deed dat in zijn *Nederlandsche Historiën* met het taalgebruik van Tacitus. De hoogste trap was echter de poging om het origineel te overtreffen. Vondels *Jephta* geldt als een schoolvoorbeeld voor *aumulatio* met als origineel de *Jephtes* van de Engelse dichter Buchanan.

Deze betekenis in gunstige zin was aan de juristen bekend, maar zij kenden ook de andere, zoals het *Vocabularium Iuris* van Albericus de Rosate (1290-1360) toont. Hij vermeldt nog beide,⁷⁸ maar de betekenis in ongunstige zin

76 P.E. Viard, André Alciat (1492-1550), Parijs 1926; Peter M Daly, Virginia W Callahan, S H Cuttler, Andreas Alciatus, Toronto, London 1985.

77 Andreas Alciatus, De praesumptionibus, Regula III, Praesumptio XXIII, in Opera Omnia III, Basel 1547: Praesumitur si quis aliquod opus in suo agat non nocendi animo facere, sed si aliqua utilitas sibi non resultet, non dicitur uti, sed abuti ad nocumentum tertii.

78 Albericus de Rosate, Dictionarium Iuris, tam Civilis quam Canonici, Venetie 1601, s.v. Aemula (fo. 94 vab).

wordt voor de jurist en voor het leerstuk van misbruik van bevoegdheid fundamenteel. Het rond 1452 ontstane *Vocabularius iuris utriusque* van Jodocus vermeldt zelfs alleen de laatste betekenis: najver, wedijver,⁷⁹ de betekenis waarin het woord verschijnt in een tweetal teksten uit het *Corpus iuris civilis*, D. 50.10.3 en C. 12.59.1. In de eerste tekst geeft de schrijver te kennen dat de eigenaar zonder vergunning van de vorst op eigen grond met een private bestemming een nieuw bouwwerk mag oprichten, tenzij hij bouwt met de bedoeling een andere stad schade toe te brengen: *ad aemulationem*.⁸⁰ Vanuit die tekst verschijnt het woord *aemulatio* in de Accursische glosse op die tekst en wordt het tot een belangrijk begrip binnen het privaatrecht. Het leeft nog voort in het Italiaans, waar in de literatuur de in artikel 833 van de *Codice civile* omschreven handelingen met de uitsluitende bedoeling om een ander te benadelen worden aangeduid als *atti emulativi*; in het Duits spreekt men van *Neidbau*.

De gedachte dat het bouwen met het uitsluitende doel de ander te benadelen misbruik van bevoegdheid oplevert wordt nader uitgewerkt in de School van Orléans. Het verhaal begint met Jacobus de Ravenneio (Jacques de Révigny, † 1296) die in zijn collegedictaat (dat in een handschrift in de Leidse universiteitsbibliotheek is bewaard gebleven) enige voorbeelden van handelingen zonder enig redelijk doel noemde en daarvoor aansloot bij het voorbeeld van de watertoren van Verdun.⁸¹ Er was eens in een stad een rentenier die een in de stad een toren wilde bouwen, zo hoog dat hij alles wat daar gebeurde zou kunnen zien. In beginsel mag hij dat op zijn eigen grond, maar niet wanneer het gebeurt met de uitsluitende bedoeling een ander te benadelen of met een onoirbaar oogmerk. Zo'n onoirbaar oogmerk heeft degene die de armen in de stad wil beloeren.⁸² Het voorbeeld wordt met

79 *Aemulatio*, idest *invidia*, Jodocus, *Vocabularius utriusque iuris*, Monte Ferrato 1537.

80 D. 50.10.3 (Macer): *Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat.*

81 E.M. Meijers, *Atteintes à la propriété foncière*, in *Festschrift für Ernst Rabel*, Band I, Tübingen 1954, eveneens in *Verz. Privaatr. Opst. II*, Leiden 1955, p. 182. Overigens was in die tijd de bouw van dergelijke torens als demonstratie van rijkdom en macht, ook in de steden van Noord-Italië en Zuid Frankrijk geenszins ongebruikelijk. G. Gozzadini, *Delle torre gentilizie di Bologna e delle famiglie alle quali appartenero*, Bologna 1875 (herdr. Bologna 1980) en K.J. Conant, *Carolingian and Romanesque Architecture 800-1200* [The Pelican History of Art Z. 13], Middlesex 1966, p. 236.

82 Jacobus de Ravanis, *Comm. ad D. 8.2.10 (secundum Ms. Leiden, U.B., d'Ablaing 2, fol. 160)*: *Dicebat dominus meus quod quidam usuarius erat in quadam civitate; voluit edificare ita alte quod ipse posset videre quicquid fieret per totam civitatem; iura ista sunt pro eo et hic et supra, l. Cum eo [D.8.2.9] et C. eod. l. Altius [C. 3.34.8] Tamen posset prohiberi et si hoc faceret ad emulacionem et animo nocendi. Unde dicit lex quod opera ad emulacionem prohibentur, ut C. De operibus publicis l. Novum opus [D.50.10.3] nec debet facere animo nocendi, infra, De pluvia arcenda l. i., par. Denique [D. 39.3.1.12]. Et inhumanum est alienam detegere paupertatem [ut] ipse videret paupertates aliorum, arg. C. Quando et quibus quarta part l. i et ij [C.10.35.1-2].*

graagte overgenomen en uitgebreid door latere schrijvers tot diep in de 15^e eeuw. Gluren bij de burens is eveneens onoirbaar (zo Bartholomeus de Salyceto, † 1412), evenals staren naar monniken en nonnen. Bij een dergelijk oogmerk loopt de handelende tegen de grenzen van zijn bevoegdheid op. Overigens deed zich onlangs nog een geheel vergelijkbaar geval voor in Italië, toen iemand een camera ophing tussen de bladeren van een op zijn eigen terrein staande boom en die camera vervolgens richtte op het balkon van zijn buurman.⁸³ Er is niets nieuws onder de zon, zei de Prediker al. Intussen, het onderscheid (en de identificatie) van handelingen met geen ander doel dan de ander te benadelen, respectievelijk handelingen die slechts de ander schade berokkenen en de handelende geen voordeel opleveren is tot de 16^e-17^e eeuw vooral een kwestie van uitlegging van het Corpus iuris civilis. Dat verandert tijdens de Verlichting. Het Natuurrecht waarvan ook Hugo Grotius (1583-1645) een vertegenwoordiger is, is een soort van *mixtum compositum*, een samenstel van regels ontleend aan het Romeinse, het Canonieke en het locale recht, dat *more geometrico*, dus: uitgaande van een beperkt aantal hypothesen met streng logische middelen een systeem ontwerpt, een autonoom systeem, onafhankelijk van moraaltheologie en ethiek. Dat betekent dat een constructie van het rechtsmisbruik niet op begrip kan rekenen: wat is dat voor onbegrijpelijke bevoegdheid die iemand toekomt, maar die hij vervolgens niet mag uitoefenen, reeds omdat zijn intentie niet zou deugen? Die intentie is immers voor de aardse rechter onkenbaar. Symon à Groenewegen van der Made (1613-1652) is dan ook van mening dat D. 39.3.1.12, de tekst waarin de eigenaar weliswaar op eigen grond een beekje mag verleggen, maar dat hem die bevoegdheid niet meer toekomt wanneer bij hem de uitsluitende bedoeling tot benadeling voorzit in Holland en de aangrenzende provincies als afgeschafft moet worden beschouwd. Dat gaat zelfs zover, dat ook de op de billijkheid gebaseerde rechtsmiddelen waarmee het misbruik van bevoegdheid was gesancioneerd, de *actio* of de *exceptio doli*, het lot daarvan deelden. Tot op de huidige dag betekent dit dat Zuid Afrika nog steeds strijdt over de vraag of die rechtsmiddelen wel of niet deel uitmaken van de rechtsorde. Nog in 1988 verklaarde de Supreme Court dat de *exceptio doli generalis* geen deel uitmaakt van het Rooms Hollandse en dus evenmin van het Zuid Afrikaanse recht.⁸⁴ De rechter heeft geen andere taak dan de interpretatie van het contract, niet meer en niet minder, en het behoort niet tot zijn taak die interpretatie te corrigeren door het toestaan van de *exceptio doli*, ook niet wanneer dat een billijkere oplossing van het geval zou impliceren. De sporen van het Engelse recht zijn in die opvatting duidelijk te herkennen. A.J. Kerr vond ech-

83 Corte di Cassazione 11 april 2001, 5421.

84 Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas & another, 1988 (3) SA 580 A, at 608 F-G.

ter een zaak waarvan hij vond dat de Appellate Division toch neigt in de richting van een erkenning van billijkheidsoplossingen.⁸⁵ Het verband met het misbruik van bevoegdheid is echter beperkt, want de centrale vraag in die zaak was of de koper die ageert uit hoofde van non-conformiteit van het gekochte een beroep van de verkoper op de door de koper verleende kwijting kan weerleggen door aan te tonen, dat de verkoper ten tijde van de totstandkoming van het contract wist van de defecten.

De aanhangers van het Natuurrecht vonden in hun systeem voor het misbruik van bevoegdheid in het algemeen geen ruimte, de ontwerpers van de meeste vroege codificaties (Code civil des Français en het Oostenrijkse Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) uit dezelfde tijd) op hun voetspoor evenmin. Rechtszekerheid, voorspelbaarheid, en geometrische consequentie speelden voor hen een overheersende rol. Eerst tegen het einde van de 19^e, begin van de 20^e eeuw komt daarin verandering.⁸⁶ Het Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten had daarvoor de weg gewezen.⁸⁷ De totstandkoming van nieuwe codificaties, het BGB voorop, zal daaraan niet geheel vreemd zijn geweest, maar ook al eerder had de rechtspraak in Frankrijk de weg gewezen naar een herleving van de oude doctrine inzake het misbruik van bevoegdheid. De beroemde, uit 1855 daterende beslissing van de rechtbank te Colmar inzake de nutteloze schoorsteen aldaar die was opgericht met de uitsluitende bedoeling om het uitzicht van de buurman te bederven, is daarvan een belangrijke voorloper,⁸⁸ evenals de beslissing van de rechtbank te Lyon, die een gedaagde verbood om verder water uit de put rechtstreeks naar de rivier te doen afvloeien, omdat deze handeling hemzelf geen enkel voordeel opleverde, uitsluitende de bronnen drooglegde waaruit zijn buurman het water putte om dat vervolgens te bottelen en in de handel te brengen.⁸⁹

Een beslissende stap werd echter gezet door Raymond Saleilles, die in het kader van een poging tot herziening van de Code civil over het misbruik van bevoegdheid een nota schreef die sterk de aandacht trok.⁹⁰ Weliswaar vond hij aan de ene kant een geharnast tegenstander in de gezaghebbende

85 A.J. Kerr, *The replicatio doli reaffirmed. The exceptio doli available in our law*, in *South African Law Journal* 1991, p. 583-587.

86 N. Sarti, *Inter vicini praesumitur aemulatio. Le dinamiche dei rapporti di vicinato nell'esperienza del diritto comune*, Milano 2002. Hans-Peter Haferkamp, par. 226-231, in M. Schmoeckel, J. Rückert und R. Zimmermann (Hrsg.) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band I, Allgemeiner Teil, Tübingen 2003, p. 1039, Anm. 27.

87 *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten I.8.27: Niemand darf sein Eigethum zur Kränkung oder Beschädigung Andrer mißbrauchen. (28) , Mißbrauch heißt ein solcher Gebrauch des Eigenthums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann.*

88 *Cour de Colmar*, 2 mei 1855, DP 1856.2.9.

89 *Cour de Lyon*, 18 april 1856, D. 1856.2.199.

90 R. Saleilles, *De l'abus de droit. Rapport présenté à la 1^{re}. sous-commission de la Commission de la revision du Code civil*, in *Bulletin de la Société d'études législatives* 1905, p. 325.

Marcel Planiol,⁹¹ maar aan de andere kant vond hij de invloedrijke Louis Josserand aan zijn zijde.⁹² Planiol ontzei aan het begrip misbruik van bevoegdheid iedere zin, want zijns inziens was er in geval van misbruik geen sprake meer van een subjectief recht: *Le droit cesse où l'abus commence*, eenzelfde handeling kan niet tegelijkertijd rechtens geoorloofd én ongeoorloofd zijn. Aan deze opvatting is zeker de nadruk op het absolute karakter ervan in de definitie van het eigendomsrecht in artikel 544 Cc als *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* niet vreemd. Voor het Nederlandse recht moge het niet veel meer dan een semantische kwestie zijn of men het eigendomsrecht wil doen ophouden waar het misbruik begint, dan wel het misbruik ongeoorloofd acht niettegenstaande de aanvankelijke (maar bij nader toezien: niet standhoudende) legitimatie van het eigendomsrecht, voor het Franse recht is het dat veel minder. Nog in 1982 maakte daar de Conseil constitutionnel uit dat de grondwettige volwaardigheid (als grondrecht) van het eigendomsrecht in al zijn *imprescriptibles, inviolables et sacrées* aspecten de wetgever verhindert zodanige beperkingen daaraan aan te leggen dat het wezen zou worden aangetast.⁹³ Anders gezegd: de beperkingen die de wetgever in het algemeen belang aan het eigendomsrecht zou wensen aan te leggen zijn slechts dan niet in strijd met de Grondwet wanneer zij de zin en de strekking van het eigendomsrecht niet denatureren. Minimum voorwaarden daartoe zijn in ieder geval een zorgvuldige procedure en een gepaste vergoeding. Overigens gaat het Europese Hof van Justitie in dezelfde richting.⁹⁴

Voor Josserand daarentegen waren alle bevoegdheden *des fonctions* met een sociale bestemming. Misbruik is handelen in strijd met die bestemming *l'acte contraire au but de l'instruction, à son esprit et à sa finalité*. Het probleem van die opvatting is dat de sociale bestemming ongeveer functioneert als de hoed van de goochelaar: de goochelaar kan alles uit zijn hoed halen, tot zelfs konijntjes toe, mits hij tevoren die hoed daarmee gevuld heeft. De rechtsonzekerheid waartoe deze opvatting onherroepelijk leidde, betekende tevens dat de Franse rechtspraak zich daardoor niet liet leiden. Een tussenpositie werd ingenomen door Georges Ripert.⁹⁵ Anders dan Josserand was hij van mening dat een subjectief recht in wezen neerkomt op een *pouvoir égoïste*. Eigen belang mag men dienen: het middel daarvoor is

91 M.Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tom. III, Les Biens, Paris 1926, p. 297 e.v.

92 L.Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits* [Essais de téléologie juridique 1], Paris 1927, herdr, 1939, nr. 292.

93 Cons. const. 16 januari 1982, JCP 1982 II 19788, m.nt Nguyen Ouoc Vhin en Frank; D. 1983, 169 m.nt. Hamon; Gaz. Pal. 1982 I 67 m.nt. Piedelievre en Dupichot.

94 Hof van Justitie EG 22 oktober 1991, Zaak C-16/90, Rechtspraak 1991, p.1-5163 Nölle v. Hauptzollamt Bremen-Freihafen.

95 G. Ripert, *Abus ou relativé des droits*, Rev. crit. de légis. et de jurispr. 49 (1929), p. 33 e.v.

het subjectief recht. Wanneer echter dat recht wordt uitgeoefend met de uitsluitende bedoeling om de ander te schaden, dan is sprake van misbruik van die bevoegdheid. Het voordeel van deze opvatting is de duidelijkheid ervan. In ieder geval waren voor dat criterium ook tal van historische wortels te vinden. Het wekt dan ook geen verbazing haar terug te vinden in par. 226 BGB en artikel 833 Codice civile Italiano.

Enigszins aarzelend deed dezelfde, tamelijk enge, opvatting omtrent het misbruik van bevoegdheid haar intrede in het Nederlandse recht. Bekend is het arrest van de Hoge Raad inzake de watertoren te Berg en Dal, opgericht met de uitsluitende bedoeling het weidse vergezicht van de buurman te verstoren,⁹⁶ en dat inzake de Lentsche schutting, gebouwd met dezelfde intentie.⁹⁷ De annotator, Paul Scholten, ontleende aan die arresten de opvatting dat voor misbruik van bevoegdheid nodig is, naast het ontbreken van een redelijk belang, de opzet tot benadeling. E.M. Meijers, daarentegen, heeft reeds sinds 1937 bepleit dat ook sprake van misbruik is 'telkens wanneer een te grote onevenredigheid bestaat tussen het persoonlijk belang dat men dient, en andermans belang, dat men ernstig schaaft.'⁹⁸ In zijn herdenking van Paul Scholten noemt Meijers dit thema onder de drie onderwerpen, waarin Scholten 'de Hoge Raad in zeer gewichtige vragen tot zijn zienswijze bekeerd heeft en... waarin ik een andere mening verdedigd heb en het onderspit moeten delven.'⁹⁹ Vanaf 1970 echter huldigt de rechtspraak in Nederland de door Meijers voorgestane opvatting,¹⁰⁰ die dan ook in het Burgerlijk Wetboek van 1992 terecht gekomen is.

Niet alle landen hebben een vergelijkbare ontwikkeling van een enge tot een ruimere opvatting van het rechtsmisbruik doorgemaakt. Zoals gezegd is Duitsland slechts binnen het bereik van het *Schuldrecht* buiten de grenzen van het door paragraaf 226 BGB aangelegde criterium voor misbruik van bevoegdheid (de uitsluitende bedoeling om de ander te schaden) getreden, en wel door de maatstaf van de redelijkheid en billijkheid (*Treu und Glauben*) aan het misbruik aan te leggen. Buiten het *Schuldrecht* wordt het criterium van paragraaf 226 BGB ten volle gehandhaafd. Het Italiaanse recht is zelfs nog veel strenger gebleven. Nog aan het einde van de jaren '90 van de vorige eeuw maakte de *Suprema Corte* ondubbelzinnig duidelijk dat het in artikel 833 Codice civile neergelegde verbod van misbruik van bevoegdheid aan enge begrenzingen gebonden is.¹⁰¹ Allereerst verstond de hoogste Italiaanse rechter onder *atti* in de zin van deze bepaling slechts

96 HR 13 maart 1936, NJ 1936,415, m.nt. P. Scholten.

97 HR 2 december 1937, NJ 1938, 353, m.nt. P. Scholten.

98 P. Scholten, Misbruik van recht en wetsontduiking (1937), Verz. priv. opst. I, p. 74.

99 E.M. Meijers, Herdenking van de Paul Scholten, Jaarboek KNAW 1947-48, herdrukt WPNR 5314 (1975), p. 473.

100 HR 17 april 1970, NJ 1971, 89 (Grensoverschrijdende garage), m.nt. Ph.A.N. Houwing.

101 Cass.sez. II civ. 20 Ottobre 1997, n. 10250, Foro Italico 1998, I, 69.

positieve handelingen, niet ook enig nalaten. Vervolgens merkte hij op dat reeds de aanwezigheid van een beperkt eigen belang aan de kant van de handelende de kwalificatie van de handeling als misbruik van bevoegdheid verhindert. Het ging daar om een buurman die weigerde hoog opschietende beplantingen op zijn terrein terug te snoeien, ofschoon die het fraaie panorama vanuit het huis en de tuin van zijn burens volkomen verstoorden. Als reden voor die weigering voerde hij aan zich anders de moeite en de inspanning voor het snoeien te moeten getroosten en de Italiaanse hoogste rechter merkte dit belang reeds als voldoende aan om de bepalingen omtrent het misbruik van bevoegdheid buiten toepassing te laten. Sinds 1970, en a fortiori sinds de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek zou deze zaak naar Nederlands recht anders zijn beslist, reeds omdat daar de toetssteen niet uitsluitend de aanwezigheid van een eigenbelang van de handelende is, maar een belangenafweging en die zou waarschijnlijk anders zijn uitgevallen. In aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang van de buurman bij zijn weigering te snoeien en het belang van de ander bij het behoud van het fraaie panorama had de eerste buurman in redelijkheid niet tot afwijzing van het verzoek kunnen komen.

Overigens stemt met de enge interpretatie naar Italiaans recht van het begrip misbruik van bevoegdheid die naar Zwitsers recht verregaand overeen. Weliswaar laat de tekst van het Zwitserse Zivilgesetzbuch op het eerste gezicht de vraag naar de criteria voor misbruik van bevoegdheid open (*Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz*) maar in de praktijk blijkt de Zwitserse rechter zeer terughoudend te zijn. In een zaak die grote gelijkenis vertoonde met de hierboven (1.2) genoemde Franse van *Coquerel v. Clément-Bayard* maakte de Zwitserse hoogste rechter uit: *dass die Frage eines Rechtsmissbrauches im Sinne von Artikel 2 Abs. 2 ZGB nur dann bejaht werden könnte, wenn die von dem Beklagten projektierte Baute keinen vernünftigen andern Zweck hätte, als den Flugbetrieb der Klägerinnen zu hindern oder so stören*.¹⁰² Kortom, het criterium voor misbruik van bevoegdheid is zowel naar Italiaans als naar Zwitsers recht de uitsluitende bedoeling om de ander te benadelen en de daardoor aan die ander toegebrachte schade.

8 Besluit

8.1 Voorbeeld 1

Het wordt tijd om terug te keren naar de vier voorbeelden uit het begin. Edward Pickles groef op zijn eigen grond een schacht en begon in 1892 een onderaardse tunnel van bijna 500 m te graven. Na voltooiing zou die tunnel

¹⁰² Bundesgerichtsentscheide (BGE) 103 (1977), II 101.

zonder enige twijfel een andere loop geven aan het bronwater, zodat het reservoir voor de watervoorziening van de gehele stad Bradford spoedig uitgeput zou raken. Pickles bracht een waarschuwing uit aan het gemeentebestuur, dat daarop pogingen in het werk stelde om een rechterlijk verbod op Pickles ter zake van die werkzaamheden te verkrijgen. In eerste instantie werd dat rechterlijk verbod inderdaad verleend, doch reeds de Court of Appeal weigerde, onder vernietiging van het vonnis waarvan beroep, de gevraagde voorziening. Ook voor het House of Lords betoogde in de gemeente, dat deze uitoefening van de bevoegdheid van een eigenaar te kwader trouw was en dus ontoelaatbaar. Weliswaar overtuigde de gemeente de Engelse hoogste rechter dat Pickles slechts beoogde langs deze weg een hogere prijs voor zijn grond te bedingen, maar daarmee gaf de gemeente tegelijkertijd het House of Lords het argument in handen om de uitspraak van de Court of Appeal te bekrachtigen. Dusdoende behartigde Pickles immers een eigen belang en daarmee stond vast dat hij niet onrechtmatig gehandeld had, zeker niet de *tort of disinterested malevolence* had begaan. Het House of Lords overwoog:

‘It is the act, not the motive for the act, that must be regarded. If the act, apart from motive, gives rise merely to damage without legal injury, the motive, however reprehensible it may be, will not supply that element.’

Lord Watson drukte zich kernachtig uit:

‘no use of property, which would be legal due to a proper motive, can become illegal because it is prompted by a motive which is improper or even malicious’.¹⁰³

Pickles heeft overigens weinig vreugde aan deze uitspraak beleefd. De rekeningen van zijn advocaten gingen zijn financiële mogelijkheden bijkans te buiten, vooral omdat het gemeentebestuur weigerde met hem over de prijs voor zijn grond te onderhandelen. Tenslotte is Pickles volkomen gedesillusioneerd naar Canada vertrokken. Toch heeft hij zich een plaats in de hand- en leerboeken verworven omdat de beslissing in zijn zaak het fundament is geworden voor de opvatting dat misbruik van bevoegdheid geen rechtsfiguur die in de Engelse Common law een rol speelt.

In Frankrijk is het beeld anders. Daar is sinds het begin van de 19^e eeuw *abus*

¹⁰³ Mayor of Bradford v. Pickles, [1895] AC 587, Cf. A.W. Brian Simpson, *Leading Cases in the Common law*, Oxford 1995, 79; Michael Taggart, *Private property and abuse of rights in Victorian England: the story of Edward Pickles and the Bradford water supply*, Oxford; New York, 2002.

de droit een categorie die in de doctrine en in de jurisprudentie wel degelijk een rol speelt, zij het slechts een tamelijk beperkte: de uitsluitende bedoeling om de ander te benadelen is het doorslaggevend criterium om het misbruik van bevoegdheid te kunnen aannemen. In de zaak van La Société des Eaux de St. Galmier SA tegen Fourissier werd dit criterium enigszins opge-rekt. Weliswaar betoogde Fourissier dat hij met het graven van de putten op zijn land wel degelijk de bedoeling had om zijn eigen belang te dienen, bestaande dat belang in maximalisatie van de verkoopprijs van zijn land, maar dat motief werd rechtens niet voldoende geoordeeld om de Société des Eaux van haar water te mogen ontdoen. Een rechterlijk verbod volgde. Het onderscheid tussen Common law en Civil law op dit punt wordt door de dia-metraal tegenovergestelde uitkomst van beide gedingen geïllustreerd.

Korte tijd later bevestigde het House of Lords zijn eigen beslissing in *Mayor of Bradford v. Pickles*, namelijk toen het de organisatie van een staking met geen ander oogmerk dan om de werkgever te dwingen geen contractverlenging aan te bieden aan twee geen lid van de vakvereniging zijnde werknemers niet onrechtmatig oordeelde.¹⁰⁴ Overigens hier zijn de marges hier heel smal. Lord Herschell maakte al een principiële onderscheid tussen een poging om de werkgever te overreden een bestaand contract te ontbinden en een poging om hem onder druk te zetten om een aflopend of afgelopen contract niet te vernieuwen. In het laatste geval raakt de werkgever teleurgesteld in zijn hoop op of verwachting van een nieuw contract, maar van een inbreuk op een subjectief recht is geen sprake. In het eerste geval wordt echter de werkgever aangezet tot *breach of contract* en dat levert wel degelijk een aantasting van de rechten van die werknemer op. Doorslaggevend is in deze zaken of de vakbond al dan niet geoorloofde middelen gebruikt. Evenals in *Mayor of Bradford v. Pickles* wordt een op zich geoorloofde handeling niet onrechtmatig door boze bedoelingen. Het omgekeerde geldt trouwens ook. Een onrechtmatige daad verandert niet van karakter wanneer zij gepleegd wordt met de beste bedoelingen. Daarmee rijst de vraag wat precies moet worden verstaan onder al dan niet geoorloofde middelen. Ongeoorloofde drukmiddelen zijn in ieder geval zonder meer de bedreigingen met misdrijven, zoals onder meer afpersing, geweldpleging, diefstal of verduistering, maar ook de verschillende onrechtmatige daden. In *Rookes v. Barnard* heeft het House of Lords uitgemaakt dat intimidatie ook een onrechtmatige daad oplevert.¹⁰⁵

Ook hier blijkt het Franse recht tot een andere uitkomst te komen dan het Engelse, ofschoon ook in Frankrijk het criterium van de uitsluitende bedoeling om de ander te benadelen tamelijk eng is. Maar ja, een enge opvatting is

¹⁰⁴ Allen v. Flood [1898] AC 1.

¹⁰⁵ Rookes v. Barnard [1964] AC 1129.

nog altijd meer dan het oordeel dat misbruik van bevoegdheid geen *cause of action* is, noch een *defence* oplevert. In dezelfde tijd als in Engeland *Allen v. Flood* werd gewezen, besliste de Cour de Cassation een vergelijkbare zaak. In *Joost c. Syndicat de Jallien* maakte de Franse hoogste rechter uit dat een stakingsoproep onrechtmatig is wanneer het enige doel ervan is om iemand die bedankt had voor het lidmaatschap van de vakorganisatie ontslagen te krijgen.¹⁰⁶

Niettegenstaande deze twee maal twee diametraal tegenover elkaar staande beslissingen heeft het ontbreken van de rechtsfiguur van het misbruik van bevoegdheid in de Common law allerminst tot gevolg dat het Engelse recht niet in tal van gevallen die op het Continent als misbruik van bevoegdheid worden aangemerkt tot een vergelijkbaar resultaat zou kunnen komen. Het duidelijkste voorbeeld is wel het burenrrecht dat heden ten dage in Engeland tamelijk sterk ontwikkeld is, veel sterker dan in de 19e eeuw ten tijde van de Industriële Revolutie. Hetzelfde geldt in Frankrijk. In het burenrrecht wordt zowel in Engeland als in Frankrijk hinder sneller aangenomen dan wanneer geen sprake is van nabuurschap. In het Engelse burenrrecht worden door een ruime interpretatie van het begrip hinder de scherpe kantjes van het ontbreken van de categorie van het misbruik van bevoegdheid afgeslepen, terwijl in Frankrijk dergelijke scherpe kantjes in het burenrrecht niet voelbaar zijn omdat *la théorie des inconvénients de voisinage* iedere *trouble anormal* als ongeoorloofd aanmerkt: *Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage*.

Op het gebied van het burenrrecht zijn er veel vergelijkbare beslissingen, maar men hoede zich voor overdrijving. Dat bleek bijvoorbeeld in de al heel oude zaak van *Keeble v. Hickeringill*, waarin Keeble van Hickeringill een schadevergoeding van £ 50 kreeg toegewezen, toen Hickeringill de eendekooi van Keeble onbruikbaar had gemaakt door continu met zijn geweer in de lucht te schieten.¹⁰⁷ Dit gedrag werd aangemerkt als de *tort of nuisance*, hinder, zodat schadevergoeding geboden was. Overigens is die kwalificatie naar Common law niet zonder meer vanzelfsprekend. In Australië werd zo'n 50 jaar geleden het afschieten van voetzoekers om vluchten duiven af te schrikken niet als hinder aangemerkt,¹⁰⁸ omdat het een passend middel tot een legitiem doel werd geoordeeld, terwijl daarentegen in Zuid Afrika het gebruik van knalapparatuur in een landelijke omgeving voor hetzelfde doel wel als *nuisance* werd aangemerkt en dus ongeoorloofd bevonden.¹⁰⁹ Overigens is *Keeble v. Hickeringill* nog ruim een halve eeuw geleden beve-

106 *Joost c. Syndicat de Jallien*, D. 1892 I 449.

107 *Keeble v. Hickeringill*, [1707] 11 East 574 (at 575); 103 ER 1127.

108 *Frazer v. Booth* [1949] SR (NSW) 113.

109 *Gien v. Gien* [1979] 2 SA 1113 T 1123; J. Neethling, J.M. Potgieter, P.J. Visser, *Law of Delict*, Durban 2001, p. 114 e.v.

stigd, toen Emmett het bestond om te pogen de drachtige vossen van zijn burens, een fokkerij, tot miskramen te brengen door voortdurend hun rust te verstoren met gericht geweervuur. Dat werd onrechtmatig geoordeeld en een rechterlijk verbod volgde.¹¹⁰ Het slaan met presenteerbladen tegen de muur om dusdoende de muzieklussen van de buurman te verstoren is meer dan men van de buurman hoeft te dulden, ook al zou het lawaai uit andere bron geen aanleiding geven tot een rechterlijk verbod.¹¹¹

8.2 Voorbeeld 2

Het Franse voorbeeld behoort tot de beroemdste arresten uit de rechtsgeschiedenis en staat op dezelfde hoogte als de watertoren van Verdun. Weliswaar is de eigenaar in beginsel bevoegd zijn grond af te sluiten en van een schutting te voorzien, maar als hij deze bevoegdheid slechts met de bedoeling om zijn buurman leed toe te voegen (*animo nocendi*) uitoefent dan is sprake van misbruik van bevoegdheid en dus van een onrechtmatige daad, die aanleiding geeft tot schadevergoeding in natura.¹¹²

8.3 Voorbeeld 3

De Italiaanse zaak werd, anders dan de zojuist genoemde Franse, beslist met de hulp van het objectieve criterium. Niet doorslaggevend werd de subjectieve gezindheid van de handelende partij veroordeeld, maar wel het feit dat het belemmeren van de toetreding van licht hemzelf geen enkel voordeel bezorgde en de buurman uitsluitend nadeel toebrengt: *Chi acquista la comunione del muro non può chiudere le luci se ad esso non appoggia il suo edificio*.¹¹³

8.4 Voorbeeld 4

Het Duitse voorbeeld van de crediteur die *rücksichtslos* beslag legde op alle bankrekeningen van zijn debiteur werd ook beslist met de hulp van de categorie van het misbruik van bevoegdheid.¹¹⁴ Naar luid van paragraaf 829 Abs 1 Zivilprozessordnung heeft een schuldeiser de bevoegdheid om schuldverderingen van zijn schuldenaar te beslaan, met als gevolg dat de derde-beslagene niet meer bevrijdend aan zijn eigen crediteur kan betalen, terwijl het de debiteur te wiens laste het beslag is gelegd niet meer vrijstaat over die verdering te beschikken noch om haar te innen. Beslag op meer dan één geldverde-

110 Hollywood Silver Fox Farm v. Emmett [1936] 2 KB 468; [1936] 1 All ER 825.

111 Christie v. Davey [1893] 1 Ch 316.

112 Coquerel v. Clément-Bayard, DP 1917. 1. 79

113 Tribunale di Napoli Sezione distaccata di Afragola. ZA c/ MA + 5, www.iussit.it/Z.Mlucio1.htm.

114 BGH, Beschluss vom 19. 3. 2004 - IXa ZB 229/ 03 (Lexetius.com/2004, 735).

ring is echter slechts geoorloofd, indien en voor zoveel dat beslag geboden is ter bewaring van het recht van de crediteur of ter tenuitvoerlegging van een rechterlijk vonnis. Daarmee is een redelijke grens gesteld aan de mogelijkheid tot beslaglegging; indien die grens wordt overschreden ontbeert het beslag een redelijk doel. In de rechtspraak wordt in het algemeen een getal van drie beslagen onder financiële instellingen in de woonplaats van de debiteur nog geoorloofd geoordeeld; poogt de crediteur het vaker, dan zal het beslag, bijzondere omstandigheden daargelaten, op vordering van de debiteur wegens misbruik van bevoegdheid worden opgeheven. Ook naar Frans recht wordt de rechtmatigheid van het beslag getoetst aan de evenredigheid tussen de bezwaren ervan voor de debiteur en de voordelen voor de beslaglegger. Toen een crediteur voor een relatief geringe geldvordering een geheel schip in beslag liet nemen in Mauritius en dat vervolgens, na het voor een belangrijk gedeelte gestript te hebben, buiten medeweten van de eigenaar liet veilen door een ter zake geheel ondeskundige veilinghouder om dan, ten slotte, het schip zelf te kopen tegen een fractie van de waarde, werd die handelwijze onrechtmatig geoordeeld en werd de crediteur tot volledige schadevergoeding veroordeeld.¹¹⁵

Daarmee bevestigen deze voorbeelden het beeld dat steeds weer oprees. De Engelse *Common law* en de continentale *civil law* onderscheiden zich onder meer daardoor dat de *Common law* niet argumenteert met het begrip *misbruik van bevoegdheid* (hetzelfde geldt voor de Scandinavische landen). Dat betekent overigens niet dat de rechter niet langs andere weg in vergelijkbare gevallen tot dezelfde beslissing zou kunnen komen. Een ruime interpretatie van onrechtmatige daden als bijvoorbeeld (in het burendrecht) van de hinder, voert dikwijls tot hetzelfde resultaat, maar er zijn grenzen die aan die techniek inherent zijn. Vast staat echter wel, dat open normen in Engeland een geringere rol spelen dan bij ons.

Oostenrijk, Frankrijk en België kenden al in de 19e eeuw een codificatie, maar daarin kwam het misbruik van bevoegdheid niet voor. Aldaar is het begrip misbruik van bevoegdheid vooral ontwikkeld aan de hand van de goede trouw, een begrip dat aanvankelijk een heel beperkte rol speelde, maar allengs aan invloed won. Niettegenstaande de hoge vlucht die de goede trouw, in het bijzonder sinds de Tweede Wereldoorlog, ook in die landen heeft genomen, is het bereik van het misbruik van recht tamelijk beperkt gebleven. Naar Frans recht is uitsluitend sprake van misbruik van bevoegdheid wanneer bij de handelende de uitsluitende bedoeling voorzit om de ander te benadelen of in geval van de afwezigheid van ieder belang. Dit ligt alleen anders op het gebied van het burendrecht: *la théorie des inconvénients de voisinage* laat een aanmerkelijk ruimere mogelijkheid voor verbodsacties open.

115 Menon c. Chassagne, D. 1865 I 106.

Nog aanzienlijk beperkter echter is de rol van het misbruik van bevoegdheid in het Italiaanse en het Oostenrijkse recht. Ofschoon Italië in haar codificatie een bepaling aan het misbruik van bevoegdheid (art. 833) heeft gewijd verkrijgt die slechts toepassing in geval bij de handelende de uitsluitende bedoeling voorzit om de ander te benadelen. Evenzo het Oostenrijkse recht.

Het Duitse recht neemt een geheel eigen positie in. Ofschoon onmiddellijk na de invoering van het BGB paragraaf 242 BGB over *Treu und Glauben* slechts een zeer beperkte toepassing vond, en ook nadien, toen de rechtspraak de reikwijdte ervan aanzienlijk uitbreidde, slechts toepassing kon vinden op het gebied van het verbintenissenrecht, heeft paragraaf 226 BGB, dat het *Chikaneverbot* codificeerde, vrijwel nimmer in de rechtspraak een rol gespeeld. De gevallen waarin de *Chikane* uiteindelijk afwezig geoordeeld werd zijn legio; de omgekeerde, waarin de rechter oordeelde dat van een (verboden) *Chikane* sprake was, zijn op de vingers van één hand te tellen.

Nederland, dat aanvankelijk sterk op het Franse recht leunde en dat in het BW van 1838 geen wettelijke regeling van het misbruik van bevoegdheid kende, heeft via de rechtspraak steeds ruimer baan gegeven aan de ontwikkeling ervan. Ten tijde van de hercodificatie waren sommige auteurs, onder wie de Vaste Commissie voor Justitie, van mening dat de materie te gecompliceerd en te ingewikkeld zou zijn voor een algemeen wetsartikel en dat de rechtsontwikkeling op dit stuk het best geheel aan de rechter zou worden overgelaten. De minister was het daarmee volstrekt oneens. Gegeven de verregaand ontwikkelde staat van de doctrine achtte hij een keuze tussen de verschillende standpunten, de enge opvatting van Scholten en de ruimere van Meijers onvermijdelijk. De wetgever heeft echter allermist de pretentie gekoesterd met de codificatie van artikel 3:13 BW het laatste woord te hebben gesproken. Weliswaar heeft de wetgever een belangrijke bijdrage aan de rechtsontwikkeling geleverd, maar bij misbruik van bevoegdheid blijkt het te gaan om recht dat niet zozeer geschapen wordt door de wetgever, maar veeleer om recht dat door de rechter wordt ontwikkeld. De Nederlandse rechtspraak schroomt niet om een systeem toe te passen waarin zowel de derogerende werking van de goede trouw als de daarmee verwante rechtsfiguur van het misbruik van bevoegdheid een eigen plaats hebben. Het is een beperkte plaats, want dat aan de uitoefening van aan het individu door het objectieve recht verleende bevoegdheden gedeeltelijk of zelfs een volledig halt zou moeten worden toegeroepen in het belang van anderen kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden gegrond worden geoordeeld. In zoverre stemmen de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid overeen: het beroep op de bestaande bevoegdheid dient in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* te zijn en dat geval zal zich slechts zelden voordoen. *Un droit porté trop loin devient une injustice.*