



Rechtsmisbruik: een conceptueel en rechtsvergelijkend onderzoek

Maxime Caramin

(studentennummer. 01202744)

Promotor: Prof. dr. Marc Kruithof

Masterproef voor het behalen van de graad van Master in de Rechten

Academiejaar 2016-2017

Voorwoord

Zoals gebruikelijk wordt in het begin van een Masterproef veelal de gelegenheid te baat genomen om kort te reflecteren op de – bijna volledig – afgelegde studie en om een aantal mensen te bedanken. Ik zal dan ook niet met deze traditie breken.

Vooreerst mijn dank aan de promotor van deze Masterproef, professor Marc Kruithof. Zijn colleges, zowel in de bachelor- als in de masteropleiding boden veel nieuwe inzichten en lieten zij die ervoor open stonden toe om met een kritische blik het recht te benaderen. Wat deze Masterproef betreft ben ik hem ten eerste dankbaar voor het onderwerp. Het is vrij rechtstheoretisch en men moet zijn hoofd erbij houden om de vele concepten juist aan te wenden en zo te proberen een zuivere redenering op te bouwen (wie ooit een college bij professor Kruithof volgde zal begrijpen wat ik hiermee bedoel). Hier leerde ik echter zeer veel uit. Ten tweede bedank ik hem voor de tijd die hij nam om zowel mondeling als schriftelijk een uitgebreide en constructieve feedback te geven.

Vervolgens en bovenal bedank ik mijn ouders, zonder wie mijn studie niet mogelijk zou zijn geweest. Zij steunen mij steeds onvoorwaardelijk in alles wat ik onderneem en hebben een bijna grenzeloos geloof in mijn kunnen. Meer is er niet nodig om ergens te geraken in het leven. Dank aan mijn zus ook. Zij baande voor mij het pad en is niet alleen in de rechtenstudies een voorbeeld voor mij.

Ten derde bedank ik natuurlijk mijn vrienden in het algemeen. Zij maakten van mijn studententijd een heerlijk feest en zaten nooit verlegen om een pint meer of minder. In het bijzonder dank ik mijn collega's uit de rechten. Ik denk hierbij aan Filip, Philippe en Charles. Uiteraard vergeet ik ook Mathias niet. Samen beleefden we tijdens het semester dat we in Duitsland studeerden menig avontuur. Hij was en is nog steeds als een broeder voor mij. Ook Cedric mag hier niet onvermeld blijven. Mijn wapenbroeder van het eerste uur, sloegen we ons vanaf het eerste tot het laatste college door de rechtenstudies. Samen met Myriem sleten we ettelijke uren in de bib voor het schrijven van de Masterproef. Zij zorgden voor de luchtige noot en maakten het werk draaglijker. Ik dank ze allebei voor de vele discussies over het recht en over het leven, kortom voor hun vriendschap.

Tot slot, deze scriptie, aan mijn geliefde. Zij is mijn muze, gelukkig voor meer dan droge juridische teksten alleen.

Semper magis!

Heusden, 6 mei 2017

Maxime Caramin

Inhoud

I.	Inleiding	8
II.	Probleemstelling: algemeen	10
III.	De Belgische leer van het rechtsmisbruik	13
A.	Inleiding	13
B.	Ontwikkeling van de eerste drie criteria: rechtstheoretisch te verantwoorden	16
a)	Oogmerk om te schaden	16
b)	Een blik op het Duitse recht	18
1.	Het ‘ <i>Schikaneverbot</i> ’	18
2.	Ontwikkeling van een breder rechtsmisbruikbegrip via de <i>exceptio doli generalis</i>	19
3.	Afbakening door het <i>Reichsgericht</i>	20
4.	Gesloten rechtsmisbruikstelsel?	21
5.	<i>Innen-</i> en <i>Außen-</i> theorie, ontwikkeling van de huidige rechtsmisbruikleer in Duitsland.	21
6.	Besluit en verband met het Belgische recht.	22
c)	Tweede criterium: bij gelijk voordeel geen nadeel voor een ander	23
1.	Het ontstaan van het criterium in de cassatierechtspraak: het arrest van 12 juli 1917	23
i.	Feiten en bestreden beslissing	23
ii.	Het cassatiemiddel	23
iii.	De beslissing	24
2.	Navolging	25
d)	Samengevat: handelen zonder belang	25
C.	Het proportionaliteitscriterium: het probleem scherpgesteld	26
a)	Inleiding	26

b)	Een overzicht van de rechtspraak in verband met het proportionaliteitscriterium	
	27	
1.	Ontwikkeling van het criterium: enkele opmerkelijke uitspraken in verband met het eigendomsrecht en kritiek.....	27
i.	Rechtbank van eerste aanleg Namen 24 december 1935.....	27
ii.	hof van beroep Gent 20 november 1950.....	28
iii.	Hof van Cassatie 16 november 1961	30
2.	Het principearrest van het Hof van Cassatie van 10 september 1971: ontstaan van een overkoepelend criterium	31
i.	Het arrest.....	31
ii.	Receptie en kritische beschouwingen	32
3.	Intermezzo: vergelijking met het Franse recht, “l’empiétement sur le terrain d’autrui”	36
i.	Rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie	36
ii.	Rechtsvergelijking	37
4.	Enkele arresten in navolging van Cass. 10 september 1971.....	38
i.	Hof van Cassatie 10 maart 1983	39
ii.	Hof van Cassatie 6 april 1984.....	40
iii.	Hof van Cassatie 19 november 1987	40
iv.	Hof van Cassatie 18 juni 1987	41
v.	Hof van Cassatie 17 mei 2002	41
vi.	Hof van Cassatie 10 juni 2004.....	42
c)	Scherpstellen van de rechtsmisbruikkwestie.....	43
D.	Aangereikte verklaringen.....	46
a)	Inleiding	46
b)	Het foutcriterium, efficiëntie en een algemene zorgvuldigheidsnorm: de geest van artikel 1382 BW	47

1.	Artikel 1382 BW als juridische grondslag.	47
2.	De algemene zorgvuldigheidsnorm als grondslag.....	47
i.	De idee, enkele bedenkingen	47
ii.	Verwerpen van de zorgvuldigheidsnorm als grondslag.....	49
3.	Efficiëntie als ontsluiting voor het rechtsmisbruikbegrip.....	50
iii.	Rechtspraak die zich niet door het efficiëntie criterium laat uitleggen.....	51
iv.	Rechtstheoretisch bezwaar	54
v.	De zorgvuldigheidsnorm duikt weer op.....	55
c)	De rechtsmisbruikleer als een ‘drieluik’: kritisch bekeken	56
d)	De moraal als basis voor een algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt?	58
1.	De moraal als diepere grondslag voor het rechtsmisbruik	58
2.	Kritiek op de moraal als grondslag	60
3.	Intermezzo: een illustratie bij de theorie uit de rechtspraak	62
i.	Hof van Beroep 16 juni 1971	62
ii.	Evaluatie	63
E.	Tussenconclusie	65
IV.	Subjectieve rechten conceptueel doorgelicht	65
A.	Inleiding	65
B.	De franse rechtsleer aan het begin van de vorige eeuw: JOSSERAND vs. RIPERT 66	
a)	De theorie van JOSSERAND.....	66
1.	<i>L’esprit des droits</i>	66
2.	Indeling van subjectieve rechten	66
3.	DE PAGE en VAN GERVEN: echo’s van JOSSERAND in de Belgische rechtsleer	68

4.	Voorbeelden uit de Belgische rechtspraak ter illustratie van de theorie	69
i.	Eerste illustratie: arrest van het Hof van Cassatie van 29 maart 1982.....	69
ii.	Tweede illustratie: arrest van het Hof van Cassatie van 24 september 2001 70	
iii.	Evaluatie	71
b)	Kritiek op theorie van de functionele rechten door RIPERT	71
c)	Beide standpunten samengevat	73
1.	JOSSERAND.....	74
2.	RIPERT	74
3.	Besluit.....	75
C.	Het concept subjectief recht in het Duitse recht	75
a)	<i>Willentheorie</i>	75
1.	SAVIGNY	75
2.	WINDSCHEID	76
b)	<i>Interessentheorie</i>	76
c)	<i>Kombinationstheorie</i>	77
1.	Het belang.....	77
2.	De wil	78
3.	De definitie	78
d)	Evaluatie in het licht van rechtsmisbruik	78
D.	Een procedurele benadering van het probleem: <i>Equity</i>	79
a)	Opzet van dit deel.....	79
b)	Ontstaan van de <i>equitable remedies</i> in de rechtspraak van de <i>Chancery</i>	80
c)	<i>Equitable remedies</i>	81
d)	<i>Injunction</i>	81
e)	besluit	83

V.	Conclusie	83
VI.	Bibliografie.....	86
A.	Rechtsleer.....	86
a)	België	86
b)	Duitsland	87
c)	Frankrijk	88
d)	Verenigd Koninkrijk	89
e)	Verenigde staten	89
B.	Rechtspraak.....	89
a)	België	89
1.	Hof van Cassatie	89
2.	Hof van beroep	90
3.	Lagere rechtbanken.....	91
b)	Frankrijk	91
c)	Verenigd Koninkrijk	91

I. Inleiding

“Want de rechter zit hier niet om het recht uit vriendelijkheid om te buigen, maar om recht te doen.”

Plato, *Apologie*, 35 c).

“[...] Though Justice be thy plea, consider this -
that in the course of justice none of us should see salvation, [...].”

William Shakespeare, *The Merchant of Venice, Act IV, Scene I.*

1. De twee bovenstaande citaten duiden het spanningsveld dat naar voren komt wanneer een beroep wordt gedaan op rechtsmisbruik. Aan de ene zijde staat namelijk een rechtstitularis die zijn recht ‘hard’ wil maken en daarom appelleert aan de rechtsorde die hem zijn recht verleende. In voorkomend geval vraagt hij aan de rechter om het recht te doen geschieden. Daarbij zou dan geen rekening mogen worden gehouden met noties als ‘eerlijkheid’ of ‘billijkheid’. Aan de andere zijde staat dan degene die een bepaalde rechtsuitoefening moet ondergaan die hij als overdreven, storend of zelfs schadelijk ervaart. Hoewel de ander strikt gezien het recht aan zijn kant heeft, tracht men de rechter er toch van te overtuigen dat geen heil kan worden gevonden in het ‘kost wat het kost’ doordrijven van een recht.

Om die als overdreven of schadelijk gepercipieerde rechtsuitoefeningen af te blokken wordt dan een beroep gedaan op rechtsmisbruik. De figuur werd voor het eerst pas echt ontwikkeld eind de negentiende, begin twintigste eeuw.¹ Sindsdien bestaat er heel wat discussie over de juridische grondslag van rechtsmisbruik. Het is niet de bedoeling van deze verhandeling om het probleem van de grondslag op te lossen. Wel zal worden gepoogd om de discussie te focussen en op zoek te gaan naar de eigenlijke knelpunten in verband met een mogelijke juridische basis.

2. Om een beeld te krijgen op de kwestie zal eerst algemeen het probleem worden geschetst. Er zal hier gewag worden gemaakt van een rechtsmisbruikparadox. Vervolgens zal worden gepoogd om een beeld te schetsen van het positieve Belgische recht. Hierbij zal

¹ T. LÉONARD, *Conflicts entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 782.

worden ingegaan op de ‘klassieke’ rechtsmisbruikcriteria. In dit verband zal ook kort een rechtsvergelijkende passage met het Duitse recht worden ingelast. Het zwaartepunt, de focus zal echter liggen op het proportionaliteitscriterium en daarbij aansluitend het zogenaamde overkoepelende criterium zoals het werd ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. In dit deel zal ook cassatierechtspraak uit Frankrijk worden aangehaald. De focus op het proportionaliteitscriterium is nodig omdat hiermee het rechtsmisbruikprobleem zal worden scherpgesteld.

Daarna zullen een aantal rechtsnormen of beginselen worden overlopen die in het Belgische recht werden naar voren geschoven als zijnde een grondslag voor rechtsmisbruik. achtereenvolgens zullen kritisch worden doorgelicht: (1) artikel 1382 BW, (2) de algemene zorgvuldigheidsnorm, (3) een criterium gebaseerd op efficiëntie, (4) een nieuwe door VELAERS aangereikte verklaring – de grondslag voor rechtsmisbruik als ‘drieluik’ – en tenslotte een (5) algemeen rechtsbeginsel gesteund door de moraal.

Een verhandeling over rechtsmisbruik is natuurlijk niet denkbaar zonder een behandeling van subjectieve rechten. De invulling van dit concept bepaalt immers in grote mate de manier waarop het rechtsmisbruik zelf conceptueel wordt ingevuld. In dit deel van de scriptie zal vooral worden gekeken naar buitenlandse rechtsleer. Zowel in Frankrijk als in Duitsland vonden er begin vorige eeuw en gedurende de negentiende eeuw interessante discussies plaats met betrekking tot de aard van de subjectieve rechten. Dit leverde een aantal conceptuele modellen op aan de hand waarvan het rechtsmisbruikprobleem zou kunnen worden geanalyseerd. Hiertoe zal dan ook een zeer bescheiden poging worden gewaagd. Tot slot zal ook nog zeer kort een andere manier aan bod komen waarmee het probleem zou kunnen worden benaderd. Het gaat hier om een eerder procedurele benadering zoals die naar ik meen, kan worden ontwaard in het recht van het Verenigd Koninkrijk.

Onder titel V volgt dan een algemeen besluit over de behandelde onderwerpen.

II. Probleemstelling: algemeen

3. De grondslag voor het verbod op rechtsmisbruik blijft tot op heden het voorwerp van discussie.² De theorie van het rechtsmisbruik lijkt op het eerste zicht vrij eenvoudig en aanvaardbaar. Ze appelleert namelijk aan een zeker rechtvaardigheidsgevoel: de rechtsorde tolereert niet dat rechten misbruikt worden en oefent daarom controle uit over het gebruik ervan.

Bij nader inzien verhoudt de figuur zich echter op gespannen voet met het concept 'subjectief recht'. De analyse die CORNELIS met betrekking tot dit punt maakt,³ is zeer duidelijk. Een subjectief recht bestaat niet op zich, los van enige sociale samenhang.⁴ Ongeacht de vraag hoe subjectieve rechten nu juist ontstaan, of ze natuurrechtelijke gegevens zijn dan wel of ze daarentegen eerst door gemeenschap of staat in het leven worden geroepen,⁵ het moet gezegd dat ze sowieso pas uitwerking kunnen krijgen wanneer ze door de juridische orde worden erkend.⁶ Een rechtssubject kan zijn rechten dus maar doen gelden in zoverre de juridische orde dit toelaat.⁷ Anders gezegd, één of meerdere rechtsregels verlenen een subjectief recht. Dit is zo voor zover de toepassingsvoorwaarden daartoe worden vervuld en er geen voorranghebbende of beperkende rechtsregel de uitoefening van het recht tegengaat.⁸

² J. VELAERS, "Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit", in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 3, n°4 en 4, n°6.

³ L. CORNELIS, "Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?", in M. STORME (red.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 46-55.

⁴ J. DABIN, *le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, 57; zie in die zin ook: G. CORNIL, *Le droit privé*, Paris, Giard, 1924, 90: "[...] parce que le droit, n'étant autre chose qu'un facteur organique de la vie sociale, est social par essence: le droit est inconcevable en dehors de la société, et un droit asocial serait une contradiction en soi."

⁵ Het is hier niet de bedoeling om een ideologische stelling in te nemen met betrekking tot de al dan niet natuurrechtelijke aard van een subjectief recht, er wordt louter gewezen op het feit dat in ons huidig rechtsbestel dat wat wij 'een recht noemen' slechts hard kan worden gemaakt wanneer het mogelijk zou zijn om het door de staat te doen sanctioneren.

⁶ L. JOSSERAND, *l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927, 299-300, n°236; Zie ook: L. CAMPION, *La Théorie de l'abus des droits*, Brussel, Bruylant, 1925, 4: Een subjectief recht veronderstelt een belang dat door de juridische orde de moeite waard wordt geacht om te worden beschermd.

⁷ J. DABIN, *le droit subjectif*, 58.

⁸ L. CORNELIS, "Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?", 47.

Daarnaast zijn subjectieve rechten ook de veruitwendiging van vrijheden, ze zijn als het ware de legale pasmunt voor de vrijheid waarop ze zijn geënt.⁹ Een subjectief recht geeft aldus via de eraan verbonden macht voor een stuk uiting aan die individuele vrijheid.¹⁰

4. Uit die twee overwegingen volgt een enigszins tegenstrijdige vaststelling. Een subjectief recht, hoewel het een afgeleide van de individuele vrijheid heet te zijn,¹¹ wordt toch in zijn bereik beperkt door “algemene en abstracte rechtsregels”.¹² Als er dan discussie ontstaat over de rechtsuitoefening, zal ten eerste moeten worden nagegaan of de uitoefening van het recht in kwestie verenigbaar is met de door het objectief recht gestelde voorwaarden. Er moet dus worden nagegaan of er überhaupt een recht op het stellen van een bepaald gedrag kan worden verleend. Ten tweede moet nog worden nagegaan of er geen verbodsbepaling uitgaat van een regel die voorrang heeft op deze waarop het recht zich ent. Indien de rechtstularis zijn recht binnen die perken uitoefent, dan is er in principe geen probleem. In dat geval oefent hij zijn recht uit binnen de grenzen ervan bepaald door de regels die het recht bepalen en zonder een inbreuk te plegen op een andere regel. Dan vereist de individuele vrijheid dat hij niet in de uitoefening van zijn recht wordt gestoord.¹³ Wanneer één van de voorwaarden waaronder het recht werd toegekend niet werd nageleefd, handelt het rechtsobject eenvoudigweg zonder recht. Dan gaat het niet over een misbruik van recht maar om een louter feitelijke handeling, gesteld ter aanleiding van een oneigenlijke rechtsuitoefening. Het gebruik van de figuur van het rechtsmisbruik heeft pas zin wanneer een recht wordt gebruikt zonder dat de limieten daarvan werden overschreden of zonder dat het objectieve recht in de eerste plaats limieten had gesteld – met betrekking tot het gebruik of het doel van het recht.¹⁴

⁹ L. JOSSERAND, *l'esprit des droits et de leur relativité*, 303-305, n°240.

¹⁰ Zie F. Van DUN, *het fundamenteel rechtsbeginsel, een essay over de grondslagen van het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 1: “Het fundamenteel rechtsbeginsel, het principe van de materiële gerechtigheid, is: dat ieder mens een soeverein rechtsobject is [...]. Ieder het zijne; ieder mens meester van zichzelf, en van niemand anders – dat is het principe van het recht.”; zie ook: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 88, n°30: “Subjectief recht duidt op heerschappij.”

¹¹ Wat enkel zo is indien men die “vrijheid” als een *a priori* gegeven beschouwt. Deze “vrijheid” kan echter ook worden gezien als het product van de juridische orde, slechts bestaande dankzij diezelfde “algemene en abstracte rechtsregels” die er het bereik van beperken. In elk geval blijft de vaststelling paradoxaal.

¹² L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, 47.

¹³ L. CORNELIS, *ibid.*

¹⁴ J. DABIN, *le droit subjectif*, 238-239. Zie in deze zin ook: M. STORME, “Noot- contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid (goede trouw) of misbruik va contractueel recht?”, *RW*, 1984-1985, 1730: “slechts wanneer men ervan uit gaat dat subjectieve rechten normaal logisch uit wetsbepalingen of contractuele bedingen (eventueel subjectief uitgelegd) afgeleid kunnen worden, heeft het zin te zeggen dat “het ongeschreven recht niet toelaat dat alles wat logisch uit een wetsvoorschrift of wettelijk recht

5. Vertrekkende vanuit die analyse van wat een subjectief recht juist is, moet worden vastgesteld dat de uitoefening van een recht, gebaseerd op rechtsregels die de titularis een zekere vrijheid bieden, aan de kant wordt geschoven, door – wat door de rechtsleer zo wordt benoemd – het ‘algemeen rechtsbeginsel van het verbod op rechtsmisbruik’. De vraag stelt zich dus op grond waarvan deze in principe perfect geldige rechtsuitoefening wordt tegengehouden.¹⁵ Hoe verantwoordt de rechtspraak zijn beslissing tot het verbieden van een bepaalde rechtsuitoefening terwijl dergelijke beslissing duidelijk ingaat tegen de algemene en abstracte regels die de uitoefening toelaten?¹⁶ Welke binnen het juridisch kader passende norm, vermag andere normen opzij te zetten? Kortom, wat is de grondslag voor rechtsmisbruik?¹⁷

6. Vooraf kan nog volgende opmerking worden gemaakt. VAN GERVEN merkt terecht op dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen onrechtmatigheden begaan *zonder* recht,¹⁸ begaan *bij gelegenheid van de uitoefening* van een recht, en begaan *in de uitoefening* van een recht. In de eerste twee gevallen moet gewoon toepassing worden gemaakt van de algemene regels van onrechtmatige daad (artikel 1382 BW). Het betreft gevallen waarin men algemeen in het maatschappelijk verkeer onbehoorlijk gedrag stelt. Bijvoorbeeld: op andermans grond bouwen, is handelen zonder recht, meer nog, handelen met miskennis van andermans recht. Iemand die bij verbouwingswerken aan zijn huis een derde schade berokkent, begaat een onrechtmatigheid *naar aanleiding van* de uitoefening van zijn eigendomsrecht. Het oprichten van een compleet nutteloos bouwwerk op eigen grond, met de enige bedoeling om schade toe te brengen aan de buur, is onrechtmatig handelen *in de*

afgeleid kan worden als geoorloofd mag worden beschouwd” en daaraan het begrip misbruik van recht te verbinden.”

¹⁵ LÉONARD stelt zich dezelfde vragen: “Comment reconnaître une faute dans l’exercice d’un droit subjectif alors que, précisément, le droit objectif a reconnu à son titulaire le pouvoir de poser les actes en cause?” (T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 783.)

¹⁶ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, 1993, 48.

¹⁷ Zie in die zin ook: M.E. Storme, Noot- “contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid (goede trouw) of misbruik va contractueel recht?”, *RW* 1984-1985.

¹⁸ Dit is een belangrijk punt dat soms in de Belgische rechtspraak over het hoofd wordt gezien; zie bv.: Cass., 28 april 1972, *RW*, 1972-1973, 218: het betrof hier een pachter die zijn voorkooprecht had uitgeoefend, zonder daarna het vervreemdingsverbod te respecteren. Cassatie stelt dat er sprake is van rechtsmisbruik in hoofde van de pachter. Preciezer is het om te stellen dat de pachter zonder recht handelde: het vervreemdingsverbod was namelijk een wettelijke voorwaarde voor het verkrijgen van een voorkooprecht, nu die voorwaarde niet werd nageleefd, had de pachter dus in principe geen recht.

uitoefening van een recht. Het is enkel dit laatste geval dat door rechtsmisbruik wordt gesanctioneerd.¹⁹

7. CORNELIS stelt dit punt nog scherper. Hij maakt terecht een onderscheid tussen de gevallen waarin er een rechtsverhouding bestaat tussen twee rechtssubjecten en gevallen waarin dat niet zo is. Indien er een rechtsverhouding bestaat tussen twee individuen dan ontstaan door de uitoefening van een recht door de één, verplichtingen in hoofde van de ander. De rechtstitularis zal van degene ten opzichte van wie hij zijn recht uitoefent, een bepaald gedrag kunnen eisen – een doen, laten of geven.²⁰ Ten aanzien van individuen die niet bij die rechtsverhouding betrokken zijn, betekent het handelen van de rechtstitularis geen rechtsuitoefening maar een louter feitelijk handelen. Dit onderscheid is van belang in het licht van de remediëring van een mogelijk abusief handelen door de rechtstitularis. Ten opzichte van degene met wie hij in een rechtsverhouding staat, zal toepassing moeten worden gemaakt van de leer van het rechtsmisbruik. Ten opzichte van de derde zal toepassing moeten worden gemaakt van de regels van het aansprakelijkheidsrecht.²¹

III. De Belgische leer van het rechtsmisbruik

A. Inleiding

8. Het oude Belgische gewoonterecht²² schijnt reeds veel gevallen gekend te hebben waarin misbruik van eigendomsrecht werd gesanctioneerd.²³ Volgens CAMPION kenden die gewoonterechtelijke principes, die terug zouden gaan op het Romeinse recht, een terugval na de Franse Revolutie.²⁴ Na de Revolutie wordt volgens CAMPION het positieve recht vooral benaderd vanuit de gedachte dat het individu centraal staat. De idee van het individu als juridische entiteit die subjectieve rechten krijgt om zich tegen de staat te weren, maakt

¹⁹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 180-181.

²⁰ Zie in die zin ook: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 89 en 94.

²¹ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 86.

²² Daarmee wordt bedoeld het recht van de zuidelijke Nederlanden, voor de Belgische revolutie (1830).

²³ L. CAMPION, *La Théorie de l'abus des droits*, Brussel, Bruylant, 1925, 16-23.

²⁴ Deze terugval in de toepassing van rechtsmisbruik zou zich vooral in Frankrijk hebben voorgedaan, met twee Cassatie arresten: Cass. fr., 26 maart 1862, *Pas.fr.*, 1862, I, 473 en Cass. fr. 11 april 1864, *Pas. fr.*, 1864, I, 165, zoals geciteerd in W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 165.

opgang.²⁵ De idee van een eigendomsrecht, inherent aan de menselijke natuur en de traditionele theorie van de vrijheid,²⁶ zouden volgens de toen gangbare theorieën de sociale en filosofische basis vormen van waaruit de juridische orde zich verder ontwikkelt.²⁷

De idee dat de postrevolutionaire rechtspraak meer vertrekt vanuit de notie van absolute rechten²⁸ kan worden geïllustreerd aan de hand van een arrest van het hof van beroep van Gent van 11 april 1834.²⁹ Dit arrest had betrekking op de uitoefening van het eigendomsrecht door een fabriekseigenaar. Het lawaai van de fabriek stoorde de burenen. Het Hof schetst een eerder absoluut beeld van het eigendomsrecht: “Considérant qu’en vertu du droit de propriété, tout propriétaire a le droit de disposer de son fonds comme il lui plaît, quand même il en résulterait une incommodité ou un préjudice pour le voisin, pourvu que les actes légitimes de propriété qu’il exerce sur son fonds ne soient point dictés par l’envie seule de nuire à autrui, [...]” Het Hof baseert zich hiervoor op een aantal passages uit de Digesten (uit het *Corpus Iuris Civilis*).

Een uitgebreide studie van de negentiende-eeuwse rechtspraak zou moeten uitmaken in hoeverre het hierboven geschetste beeld met de werkelijkheid overeenstemt. Twintig jaar na het geciteerde arrest uit 1834, bijvoorbeeld, oordeelde het hof van beroep van Gent al wat genuanceerder. In een arrest van 27 januari 1854 merkt het hof in een klassieke

²⁵ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil Français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, 802.

²⁶ Hiermee wordt bedoeld op het zogenaamde ‘sociaal contract’, zoals het kan terugvonden worden bij verlichtingsdenkers als ROUSSEAU (zie: J.J. ROUSSEAU en H. GUILLEMIN, *Du contrat social; Discours sur les sciences et les Arts; Discours sur l’origine de l’inégalité parmi les hommes*, Paris, Union Générale d’éditions, 1963, 371 p.) . Het vertrekpunt van deze politieke theorie is dat ieder mens in de natuurtoestand vrij is, teneinde die vrijheid/macht te beschermen staan ze een deel ervan af aan een soeverein die met zijn aldus verworven machtsmonopolie de orde moet handhaven. Zie ook: F.K. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, Aalen, Scientia, 1973 (Neudruck Ausg. Berlin 1840), 332-333.

²⁷ L. CAMPION, *La Théorie de l’abus des droits*, 1925, n°31, 24.

²⁸ Zie in die zin de conclusie van de Procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH bij Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 31, *Pas.* 1972, 28, *RCJB*, 1976, 300: “De maatschappelijke evolutie heeft aangetoond dat onbeperktheid en onaantastbaarheid van het eigendom – uitvloeisels van de bij de verschijning van het Burgerlijk Wetboek op de spits gedreven individualistische ideeën – niet aannemelijk zijn.” of nog: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civile Belge*, Brussel, Bruylant, 1962, T. I, n°111, 163: “le caractère subjectif des droits, propriété absolue de leurs titulaires et reconnaissance légale de “l’émminente dignité de la personnalité humaine”, est le symbole de la liberté individuelle. Dès qu’une faculté est reconnue par la loi au citoyen, celui-ci peut en user à sa guise, sans contrôle ni entraves[...]”

²⁹ Gent, 11 april 1834, *Pas.* 1834-1835, II, 95.

rechtsmisbruikcasus op dat de in het geding zijnde rechten tegen elkaar moeten worden afgewogen en dat daarbij rekening moet worden gehouden met het algemeen belang.³⁰

9. Voor dergelijke uitgebreide studie is in deze verhandeling echter geen plaats. Het volstaat om hier de volgende kanttekening te maken bij het bovengeschetste verhaal. De indruk zou kunnen ontstaan dat de figuur van het rechtsmisbruik iets is wat de rechtspraak pas in de tweede helft van de twintigste eeuw zou hebben ontdekt. Zoals in het begin van dit randnummer werd gesuggereerd, is het misschien genuanceerder om te spreken over een terugkeer naar de ‘prerevolutionaire’ principes, dan over een ontwikkeling of ontdekking van rechtsmisbruik. Het probleem dat rechtsmisbruik tracht te remediëren – een rechtsuitoefening die in meer of mindere mate als storend wordt ervaren – is wellicht zo oud als het recht zelf. Het is niet omdat in de negentiende eeuw de exegetische school in de literatuur boven alles aandacht voor de wet als rechtsbron eiste, dat de oplossingen voorheen uitgewerkt in de andere rechtsbronnen in het positieve recht onwerkzaam zouden zijn geworden. Het is precies deze spanning tussen de wet als rechtsbron en de rechtspraak, die in de figuur van het rechtsmisbruik naar boven komt – zie de probleemstelling onder randnummer 5: de juridische norm waarop het rechtsmisbruik wordt gestoeld, schuift de toepassing van andere rechtsnormen terzijde.

10. Het is de bedoeling om in het volgende deel van deze verhandeling de drie rechtsmisbruikcriteria te beschrijven die vanuit rechtstheoretisch oogpunt als het minst problematisch kunnen worden beschouwd omdat ze telkens te herleiden zijn tot de vaststelling dat de rechtstitularis handelt zonder belang.

³⁰ Gent, 27 januari 1854, *Pas.*, 1854, II, 233.; de feiten gingen als volgt: de eigenaar van een bovenliggend erf leidt het water dat wordt opgevangen in een goot langs de weg, af door een met dat doel gegraven kanaal. Dit heeft geen enkel nut voor zichzelf maar bezorgt de eigenaar van het onderliggende erf wel schade nu hij geen water meer heeft om zijn akker te bevoeien. Het hof van beroep oordeelde als volgt: degene aan wie door de gesteldheid van het terrein het regenwater toekomt mag het gebruiken voor zijn eigen erf, maar niet de natuurlijke loop ervan veranderen zonder dat het nut heeft voor het eigen erf en bovendien schade toebrengt aan het andere. Het hof verbiedt het handelen met als enig doel een ander te schaden. Bovendien moeten hier ook de belangen van de landbouw en dus het algemeen belang in rekening worden gebracht (geen verspilling). De eigenaar van het bovenliggende erf zou hier zonder recht handelen (sic.). Bij dit arrest kan nog de opmerking worden geformuleerd dat het niet geheel duidelijk is of hier wel sprake is van een toepassing van rechtsmisbruik, of louter de belangenafweging voorzien in artikel 645 BW (“Wanneer een geschil ontstaat tussen de eigenaars voor wie die waters nut kunnen opleveren, moet de rechtbank, bij haar uitspraak, het belang van de landbouw overeenbrengen met de eerbiediging van het eigendomsrecht;[...]”) werd gemaakt.

B. Ontwikkeling van de eerste drie criteria: rechtstheoretisch te verantwoorden

a) Oogmerk om te schaden

11. Een eerste rechtsmisbruikcriterium dat kan worden behandeld in deze verhandeling, is het uitoefenen van een recht met het louter oogmerk iemand te schaden. Dit criterium werd vooral in de vroegere rechtspraak gehanteerd.³¹ Het kwam bijvoorbeeld naar voren in de onder randnummer acht geciteerde arresten van 1834, respectievelijk 1854, maar komt ook aan bod in cassatierechtspraak doorheen de hele 20^{ste} eeuw.³² Het typevoorbeeld is het oprichten van een op zich volstrekt nutteloos bouwwerk op eigen grond, louter en alleen om het licht van de buur te ontnemen.³³

DE PAGE beschouwde dit criterium als de grondslag voor de leer van het rechtsmisbruik: “[...] qu’abuser de son droit, “c’est s’en servir plutôt pour nuire à autrui que pour en profiter soi-même”. Telle nous paraît être l’idée fondamentale, spécifique, du système, celle que l’on retrouve sous les qualifications diverses que des plumes éloquentes lui ont donnée.”³⁴ In een voetnoot³⁵ wijdt hij vervolgens uit over het feit dat volgens hem alle andere rechtsmisbruikcriteria terug te brengen op dit criterium, dat volgens hem een noodzakelijke voorwaarde vormt. De auteur waarschuwt: “Rappelons enfin qu’il faut surtout se garder des exagérations dont la théorie de l’abus de droit fait l’objet. Restreinte à son élément spécifique – le détournement d’un instrument juridique de la fonction que la loi assigne, détournement qui suppose souvent, sinon nécessairement, une intention de nuire – cette théorie apporte une idée utile à ‘édifice du droit. Gonflée, omniprésente, généralisée, elle n’aboutit qu’à troubler les institutions les plus claires, et à introduire dans l’esprit un élément plus corrosif que constructeur.”

³¹ Zie A. DE BOECK, “Rechtsmisbruik” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, 130; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 760.

³² Zie bijvoorbeeld: Cass. 11 april 1958, *Pas.*, 1958, I, 867, *Arr. Cass.* 1958, 595, noot R.H.; Cass. 29 november 1962, *Pas.*, 1963, I, 406; Cass. 19 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-1988; *Pas.*, 1988, I, 332; *RW* 1987-1988, 1060 of Cass. 14 februari 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992, I, 557; *Pas.*, I, 528; Cass. 24 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992; *Pas.*, 1992, I, 1049.

³³ In de meeste rechtsmisbruikstudies wordt hier verwezen naar een arrest van het hof van Beroep van Colmar, dat ging over het oprichten van een valse schouw om een buur licht te ontfangen; Colmar, 2 mei 1855, *Dalloz*, 1856, 9.

³⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, V, Brussel, Bruylant, 1941, 820, n°941.

³⁵ H. DE PAGE, *o.c.*, 821, voetnoot (1).

VAN OMMESLAGHE merkt op dat het voor de toepassing van dit criterium wel degelijk vereist is dat er geen ander oogmerk dan dat om te schaden aanwezig is.³⁶ VAN NESTE merkt op dat dit criterium een sterk ‘psychologische’ inslag heeft omdat de bedoeling van de rechtstularis moet worden achterhaald. Het staat echter niet aan de rechter om het geweten van de rechtszoekende te onderzoeken. Vandaar dat de bedoeling van de partijen onrechtstreeks via objectieve gegevens moet worden achterhaald.³⁷ Het achterhalen van het kwaadwillig oogmerk kan volgens VAN GERVEN geschieden door na te gaan of de rechtstularis wel belang heeft bij de uitoefening.³⁸ Zoals boven inderdaad reeds werd opgemerkt, volstaat het niet dat in de uitoefening van een recht schade wordt toegebracht, om van rechtsmisbruik te gewagen. VAN GERVEN vertrekt juist vanuit die overweging, dat het recht toelaat een ander te schaden, om te komen tot wat hij zelf ‘een objectivering’ van het criterium ‘kwaadwillig oogmerk’ noemt.³⁹ Volgens deze auteur is het perfect denkbaar dat in het kader van bijvoorbeeld een legitieme concurrentiestrijd, een nadeel wordt bezorgd aan een ander.⁴⁰ In de hypothese dat tegenover dat nadeel een voordeel staat, is de handeling geoorloofd. De rechtstularis heeft immers belang bij de rechtsuitoefening. Van zodra iemand echter zonder enig redelijk belang handelt en daarbij een ander een nadeel bezorgt, zou het kwaadwillig opzet kunnen worden vermoed.⁴¹ Anders geformuleerd, indien kwaad opzet kan worden bewezen, blijkt duidelijk dat de rechtstularis handelde zonder belang. Hieronder zal worden betoogd dat ‘handelen zonder belang’ het eigenlijke criterium is.

In zijn rechtspraakoverzicht met betrekking tot rechtsmisbruik van de jaren 1950-1960 stelde VAN NESTE echter vast dat het criterium van ‘onvoldoende (redelijk) belang’ bij de uitoefening dikwijls samen met andere criteria, en dan vooral met het criterium ‘kwaadwillig

³⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 78, n°32. Dit volgt volgens VELAERS uit de hierboven in geciteerde cassatierechtspraak (Cass. 11 april 1958, *Pas.*, 1958, I, 867; Cass. 19 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-1988; *Pas.*, 1988, I, 332; *RW* 1987-1988, 1060 of Cass. 14 februari 1992, *Pas.*, I, 528.), J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 40, n°13. Zie ook P. VAN OMMESLAGHE, “abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, *RCJB*, 1973, 327-328, n°10.

³⁷ F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR*, 1967, 343, n°10.

³⁸ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 185: de auteur heeft het hier over een vereenvoudiging, een objectivering van het criterium van het kwaadwillig oogmerk. VAN NESTE ziet hier al een volgend criterium: F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR*, 1967, 344-347.

³⁹ Zie ook in die zin: G. RIPERT, *la règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1949, 171, n°97.

⁴⁰ In die zin: J. DABIN, *le droit subjectif*, 301.

⁴¹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 185.

oogmerk’, wordt ingeroepen.⁴² Hierbij kan nog worden opgemerkt dat de auteur in zoverre hij het heeft over een ‘voldoende’ belang, en niet louter over een belang op zich, eigenlijk al verwijst naar het derde rechtsmisbruikcriterium. Namelijk dat van de proportionaliteit. Hier zal verder in deze verhandeling worden op ingegaan. Het door VAN GERVEN ingevoerde vermoeden werd in latere cassatierechtspraak en ook in de lagere rechtspraak aangewend.⁴³

12. De voorwaarden van het criterium moeten dus in beginsel vrij eng worden opgevat (‘louter oogmerk om te schaden’). Enkel de rechtsuitoefening die er louter op gericht is om een ander te schaden, zal worden beperkt. Vandaar dat het Belgische recht een verruiming van de rechtsmisbruikcriteria heeft gekend naar gevallen waar het recht zonder belang, hoewel niet om te schaden, wordt uitgeoefend, ofwel naar gevallen waarin het wel met een belang wordt uitgeoefend, waarbij dat belang echter buiten verhouding staat tot het aan een ander berokkende nadeel. In dit verband is het interessant om even een blik te werpen over de Duitse grens, waar zich een gelijkaardige evolutie voordeed. Het Duitse recht kende immers eveneens oorspronkelijk een zeer enge rechtsmisbruikopvatting. Deze werd uiteindelijk door de rechtsleer en de rechtspraak zeer sterk verruimd.

b) Een blik op het Duitse recht

1. Het ‘*Schikaneverbot*’

13. Bij de invoering van het Duitse burgerlijk wetboek⁴⁴ werd een wetsartikel ingevoegd dat rechtsmisbruik onder bepaalde omstandigheden verbiedt.⁴⁵ Het gaat hier om de Generalklausel in § 226 BGB. Deze luidt als volgt:

“Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.”

⁴² F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR*, 1967, 344, n°12; zie ook in die zin: P. VAN OMMESLAGHE, “abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, *RCJB*, 1976, 329, n°12: “[...] ‘absence d’intérêt, [...]’, peut s’interpréter comme une présomption très forte soit d’une intention de nuire, soit, à tout le moins, d’une témérité particulière. L’absence d’intérêt devient ainsi une présomption de l’homme sans être un véritable cas particulier d’abus de droit.”

⁴³ Zie de in J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, 40, n°13 geciteerde voorbeelden: Rb. Luik 20 november 1995, *Act.dr.* 1996, 231; Luik 29 april 1988, *Rec.gén.enr.not.* 1989, 105.

⁴⁴ Het *Bürgerliches Gesetzbuch*, hierna afgekort BGB.

⁴⁵ H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Berlin, Berlin Verl. A. Spitz, 1995, 99; oorspronkelijk was het artikel enkel bedoeld voor de begrenzing van het eigendomsrecht.

Dit wetsartikel – het zogenaamde *Schikaneverbot* – komt woordelijk overeen met het eerste criterium uit het Belgische recht. Hieruit zou verkeerdelijk de conclusie kunnen worden getrokken dat aan de figuur van het rechtsmisbruik slechts een beperkte draagwijdte zou toekomen in het Duitse recht. Heel wat als onbillijk ervaren rechtsuitoefeningen ontsnappen aan het zeer eng omschreven toepassingsgebied van het wetsartikel. Het volstaat immers om aan te tonen dat er een andere reden voorligt dan het opzet om te schaden om aan de toepassing van het artikel te ontsnappen. Vandaar dat in de rechterlijke praktijk een veel breder concept van rechtsmisbruik werd ontwikkeld, buiten § 226 BGB om.⁴⁶

2. Ontwikkeling van een breder rechtsmisbruikbegrip via de *exceptio doli generalis*

14. Door de invoering van het BGB en het *Gerichtsverfassungsgesetz*⁴⁷ werd de Duitse rechter op het vlak van rechtsontwikkeling theoretisch ondergeschikt aan de wet. Hij diende enkel nog na te gaan of de feiten van de voor hem aanhangig gemaakte zaak onder het toepassingsgebied van een wettelijke regel konden worden gebracht. In de praktijk werd deze al te rigide opvatting al snel verlaten. Via de zogenaamde *Generalklauseln* werkte de rechtspraak oplossingen uit voor problemen die strikt genomen niet door de tekst van de wet werden bevat.⁴⁸

15. Voor de invoering van het BGB werden gevallen van rechtsmisbruik opgelost door de in het de rechtspraak ontwikkelde figuur van de *exceptio doli generalis* – in het Duits: *Arglistenrede*.⁴⁹ Om via dit rechtsfiguur na de invoering van het BGB nog toepassing te laten vinden, moest op zoek worden gegaan naar aanknopingspunten in het wetboek zelf. Zoals boven reeds gesteld, was het toepassingsgebied van § 226 BGB hiervoor veel te eng opgevat.⁵⁰ Er werd een aanknopingspunt gezocht bij het beginsel van de goede trouw, vervat

⁴⁶ H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, 111.

⁴⁷ § 1 GVG: “Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt.”

⁴⁸ H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, 115-119; zie in die zin ook: U. EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte*, München, C.H. Beck, 1984, 346-347; H. MITTEIS en H. LIEBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte*, München, C.H. Beck, 1971, 273-274; F. EBEL, *Rechtsgeschichte. Ein Lehrbuch*, II, Heidelberg, Müller, 1993, 203-206; A. LAUFS, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, Berlin, Walter de Gruyter, 1984, 266.

⁴⁹ H.-P. HAFERKAMP, “§§ 226-231. Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe”, in M. SCHMOECKEL (red.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 1056, Rn. 18: “Statt dessen knüpfte das Reichsgericht an seine umfangreiche gemeinrechtliche Rechtsprechung zur *exceptio doli generalis* an und wies ihr die Aufgabe einer allgemeinen richterlichen Rechtsmißbrauchsschranke zu.”

⁵⁰ H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, 124.

in § 242 BGB en in een combinatie van de artikelen 826 en 249 alinea één BGB.⁵¹ Om § 826 BGB te kunnen gebruiken is vereist dat de eiser aanspraak maakt op een schadevergoeding. Conceptueel gezien gaat het hier dus niet om een mechanisme dat een storende rechtsuitoefening *an sich* kan begrenzen. Vandaar dat in het kader van § 249 BGB, dat de manier van schadevergoeding regelt, door de rechtbanken een zogenaamde *Unterlassungsklage auf Wiederherstellung* werd verleend. Dit kwam neer op een verbod van de storende handeling, gezien als een soort restitutieverbintenis in de zin van § 249 BGB. § 826 BGB verplicht dus degene die zijn recht op ‘onheuse’ wijze gebruikt de schade daardoor te herstellen, § 249 BGB verhindert de uitoefening van het recht.⁵² Zo werd § 826 BGB ook gezien als een wettelijke bepaling die mogelijks grenzen kan stellen aan de rechtsuitoefening. Het werd echter nooit verheven tot een algemeen verbod op rechtsmisbruik. Het *vorsätzlich schaden zufügen* als voorwaarde voor de bepaling, werd steeds subjectief ingevuld vanuit het oogmerk van de dader. Een objectief tegen de goede zeden ingaande handeling volstond niet.⁵³

3. Afbakening door het *Reichsgericht*

16. Het *Reichsgericht* stelde grenzen aan de rechterlijke ontwikkeling van het rechtsmisbruik. Het bevestigde het principe van de *Arglistenrede*⁵⁴ maar stelde dat het niet elke onbillijke rechtsuitoefening zou kunnen begrenzen. De wetgever stelde namelijk, in § 226 BGB, reeds expliciet onder welke voorwaarden de uitoefening van een subjectief recht kan worden ingeperkt. Verdere inperkingen zijn enkel mogelijk voor zover er in het BGB beperkende regels kunnen worden gevonden en de toepassingsvoorwaarden daarvan in het concrete geval vervuld zijn.⁵⁵

⁵¹ C. SCHUBERT, "BGB § 242 Leistung nach Treu und Glauben", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Aufl. 2016, Rn. 209; De artikelen luiden respectievelijk: §826 BGB: "Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.", §249 (1) BGB: "Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre."

⁵² Vergelijk met de zogenaamde *mandatory injunction* uit het *Equity* recht (zie later).

⁵³ H.-P. HAFERKAMP, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, 127-129.

⁵⁵ RGZ 86, S. 195 (3 februari 1915), zoals geciteerd in H.-P. HAFERKAMP, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre, 132 : "Das würde dazu führen, an stelle des objektiven Rechtes und der durch sie geschaffenen subjektiven Rechte mehr oder weniger gerechtfertigte Billigkeitserwägungen zu setzen und von diesen die Ausübung der Rechte abhängig zu machen."

4. Gesloten rechtsmisbruikstelsel?

17. De beperkende regels waarvan hierboven sprake is, werden vooral gezocht in §§ 242 en 826 BGB. In deze twee artikelen kon geen gesloten systeem voor het verbod op rechtsmisbruik worden gevonden. Enerzijds hoort § 242 BGB conceptueel thuis in het contractenrecht. Anderzijds regelt § 826 BGB woordelijk de rechtsgevolgen van een onrechtmatige daad, niet de onderliggende rechtsuitoefening. Zoals boven reeds uiteengezet werd hier een mouw aan gepast via het koppelen van het artikel aan een *Unterlassungsklage*.⁵⁶

Het kwam dus niet tot een gesloten rechtsmisbruikstelsel. In plaats daarvan begon de rechtspraak via de aanknopingspunten in de wet terug te grijpen naar gemeenrechtelijke *Fallgruppen*. Het tegengaan van rechtsmisbruik werd dus bereikt door in specifieke gevallen terug te grijpen naar eerder door de rechtbanken erkende gevallen van rechtsmisbruik.⁵⁷

5. *Innen-* en *Außen-*theorie, ontwikkeling van de huidige rechtsmisbruikstelsel in Duitsland.

18. Een theorie die rechtsmisbruik tracht te verklaren kan in wezen twee uitgangspunten hebben. Ofwel gaat het om een zogenaamde *Innentheorie*, ofwel om een zogenaamde *Außen-*theorie.⁵⁸ De eerste gaat ervan uit dat een rechtsorde niet tegelijk de uitoefening van een recht kan verbieden en onbegrensd toestaan. Dit komt omdat de rechtsorde één geheel uitmaakt en vandaar in de subjectieve rechten zelf al een aantal principes als de goede trouw en zeden besloten liggen. Dit zorgt ervoor dat de rechten op zichzelf al begrensd zijn. De tweede theorie gaat ervan uit dat er naast de positieve rechtsorde een andere, hogere staat die zijn uitdrukking vindt in algemene rechtsbeginselen – zoals bijvoorbeeld het beginsel van de goede trouw. Grenzen aan de rechtsuitoefening zouden in dit model louter extern worden gesteld. Rechtsmisbruik is dus een externe correctie op een bepaalde uitoefening van een recht, zonder dat het ophoudt te bestaan of de inhoud ervan veranderd wordt.⁵⁹

⁵⁶ H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, 135.

⁵⁷ Zie voor een overzicht van deze casuspositie: H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, 138-142.

⁵⁸ Deze twee ideeën bestaan ook in de Belgische rechtsleer: T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 785.

⁵⁹ H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, 148-149.

19. In de jaren dertig van de vorige eeuw werd zo een *Innentheorie* ontwikkeld door de Duitse rechtsgeleerde SIEBERT. Rechtsuitoefeningen worden in zijn theorie inherent beperkt door ofwel de goede trouw (§ 242 BGB), ofwel, in buitencontractuele gevallen, door de goede zeden (§ 826 BGB). Deze begrippen werden in SIEBERT zijn leer ingevuld volgens de Nationaal- Socialistische gemeenschapsgedachte, *Gemeinnutz vor Eigennutz*.⁶⁰

Na het einde van de Tweede Wereldoorlog, bleef de theorie van SIEBERT grotendeels behouden. De Nationaal- Socialistische invulling van de begrippen ‘goede trouw’ en ‘goede zeden’ werden eruit geweerd. Wat overbleef was een *Rumpflehre* van de theorie van SIEBERT. De aldus overgebleven theorie bood de rechters een flexibel instrument. Zo wordt het ook gebruikt. Het doel was niet meer om een algemene theorie van het rechtsmisbruik uit te werken. De doelstelling is de *Einzelfallgerechtigkeit*. Of het nu subjectieve rechten zijn of werkelijk wettelijke bepalingen die worden misbruikt, het door SIEBERT voorgestelde mechanisme wordt in alle gevallen aangewend waar de rechtspraak in aanvaring komt met de stand van de wet.⁶¹

Het gevolg van dit alles is dat haast geen enkel land in Europa evenveel mogelijkheden biedt aan de rechter om subjectieve rechten te beperken als Duitsland. Zoals HAFERKAMP stelt: “Rechtsmißbrauch stellt sich hier als fast unbeschränktes Richterrecht dar.”⁶²

6. Besluit en verband met het Belgische recht

20. De wettelijke omschrijving in het Duitse recht van rechtsmisbruik in § 226 BGB kent een zeer beperkt toepassingsgebied. Het werd door de Duitse rechtspraak echter aangevuld met een leer die veel ruimer is opgevat maar toch tracht aan te knopen bij het BGB. Zoals verder in deze verhandeling aan bod zal komen, kende ook de Belgische leer van het rechtsmisbruik een verruiming van zijn toepassingsgebied door de rechtspraak.⁶³ Anders dan

⁶⁰ H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, 192 en 195-196; H.-P. HAFERKAMP, “§§ 226-231. Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe”, in M. SCHMOECKEL (red.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 1056, n°19; C. SCHUBERT, “BGB § 242 Leistung nach Treu und Glauben”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Aufl. 2016, Rn. 211.

⁶¹ H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, 341; zie voor een algemeen bespreking van de toepassingsvoorwaarden voor rechtsmisbruik in het Duitse recht en voorbeelden van specifiekere casusposities: C. SCHUBERT, “BGB § 242 Leistung nach Treu und Glauben”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Aufl. 2016, Rn. 214-224.

⁶² H.-P. HAFERKAMP, *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre*, 342.

⁶³ In feite werd de Belgische leer van het rechtsmisbruik vooral ontwikkeld door de rechtspraak, zie: T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 758.

in het Duitse recht, wordt niet steeds gezocht naar een wettelijk aanknopingspunt. In veel gevallen wordt gewoon aanvaard dat er een algemeen rechtsbeginsel is dat rechtsmisbruik verbiedt.

c) Tweede criterium: bij gelijk voordeel geen nadeel voor een ander

1. Het ontstaan van het criterium in de cassatierechtspraak: het arrest van 12 juli 1917

i. Feiten en bestreden beslissing.

21. Klassiek wordt voor het vormen van dit criterium verwezen naar een cassatiearrest van 12 juli 1917.⁶⁴ De feiten die aanleiding gaven tot het arrest, kunnen als volgt worden samengevat. De ene handelaar (Bernheim et Meyer) plaatst een neonreclame op het uiteinde van het gebouw waarin zij een Innovation uitbaatte zodat het langs twee kanten kan worden gezien. De naburige handelaar (Vaxelaire) plaatst voor dat reclamebord een ander bord voor haar zaak Au Bon Marché met dezelfde grootte zodat het paneel van de Innovation maar van één kant zichtbaar is.

Volgens de in cassatie bestreden beslissing had Vaxelaire de mogelijkheid om haar reclamepaneel eender waar op haar gevel aan te brengen. Het zou even zichtbaar zijn gebleven. Door ervoor te kiezen om het paneel juist voor dat van zijn concurrent te plaatsen – en ervoor te zorgen dat het dezelfde afmetingen heeft – stelt de rechter in hoger beroep nu dat Vaxelaire een fout beging in de zin van artikel 1382 BW. In de woorden van het Hof: “relève suffisamment dans le chef de l’intimé l’intention de favoriser, dans un but de lucre, ses propres affaires au détriment de celles de l’appelante”. Het Hof van Beroep stelde dus niet vast dat *Vaxelaire* het uitsluitend oogmerk om te schaden had, maar zegt wel dat *Vaxelaire* onrechtmatig handelde.⁶⁵

ii. Het cassatiemiddel

22. In essentie komt het cassatiemiddel van de eiser erop neer dat hij geen onrechtmatige daad beging. Hij oefende eenvoudigweg zijn eigendomsrecht uit zonder aan het recht van zijn buur te raken. Het is interessant om de argumentatie van de eiser hieronder te parafaseren

⁶⁴ Cass. 12 juli 1917, *Pas.* 1918, I, 65.

⁶⁵ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 186.

omdat zijn begrip van rechtsmisbruik nog een echo is van de vorige fase in de ontwikkeling van het concept.

Eiser onderbouwt zijn argumentatie verder als volgt: er kan slechts sprake zijn van een foute aanwending van een recht wanneer: 1) degene die zijn recht aanwendt dit ‘te buiten gaat’– 2) degene die de handeling ondergaat in zijn rechten getroffen wordt. Wat betreft het eerste punt gaat de eiser verder: hij zou enkel en alleen van zijn eigendomsrecht gebruik hebben gemaakt. Zijn handeling is dus rechtmatig. De bestreden beslissing oordeelt echter dat ze dat niet is omdat hij zijn recht zou hebben uitgeoefend met de bedoeling om te schaden. De intentie waarmee iemand zijn recht uitoefent heeft volgens de eiser noch invloed op de handeling, in zijn objectiviteit beschouwd, noch op het recht van de derde die zich beklaagt. Daarenboven, zelfs al zou het uitoefenen van een recht met de intentie schade te berokkenen onrechtmatig zijn, dan nog werd door de bestreden beslissing enkel vastgesteld dat eiser zijn recht uitoefende met het oog op eigen gewin, ten nadele van zijn concurrent. Dit behoort tot het wezen van de concurrentiestrijd en het is niet voldoende dat het Hof van Beroep de handelingen van de eiser als misbruik bestempelt, dat het Hof van Cassatie zomaar de juridische gevolgen van een handeling met intentie om te schaden eraan kan vastknopen. Welk recht zou Bernheim et Meyer eigenlijk uitoefenen? ‘Het recht haar handelszaak Inovation zichtbaar te maken vanaf het station’? ‘Het recht om het licht van zijn neonreclame verder te verspreiden dan zijn gevel’? Sluit het eigendomsrecht over iets het recht in om gezien te worden? Evident niet volgens de eiser. Indien wel zou dit neerkomen op een zuivere erfdiensbaarheid.

iii. De beslissing

23. Het Hof van Cassatie begint met vast te stellen dat concurreren een recht is, afgeleid van de vrijheid van handel. Dit recht heeft volgens het Hof echter, net zoals het eigendomsrecht, grenzen. Het is niet toegestaan, gaat het Hof verder, om bij meerdere mogelijkheden om een recht uit te oefenen, met dezelfde nuttigheidsgraad, die mogelijkheid te kiezen die schade berokkent aan een ander.⁶⁶ Door zijn handelingen, besluit het Hof, begaat de eiser rechtsmisbruik en dus een onrechtmatige daad die de verweerder schaadt in zijn recht dat hij verworven had ten voordele van de lichtreclame.

⁶⁶ Zie voor een voorbeeld uit de lagere rechtspraak: Burg. Rb. Leuven, 1 april 1947, *RW*, 1947-1948, 1289.

2. Navolging

24. Een cassatiearrest van 16 november 1961 bevestigt dit criterium nog eens en voegt er nog aan toe dat ook rekening moet worden gehouden met het algemeen belang wanneer verschillende uitoefeningwijzen met eenzelfde nut mogelijk zijn.⁶⁷

25. VAN GERVEN noemt dit criterium: “bij gelijk voordeel, geen nadeel voor derden”. Het verschil met het eerste criterium is dat het de rechtstularis verplicht om rekening te houden met de rechten van derden, bij de uitoefening van zijn recht. Dit opent, aldus VAN GERVEN, de deur naar een volgend criterium.⁶⁸

d) Samengevat: handelen zonder belang⁶⁹

26. VAN NESTE beschouwt dit als een apart criterium dat niettemin vaak met andere criteria wordt ingeroepen.⁷⁰ In elk geval kan de zogenaamde objectivering door VAN GERVEN worden bijgetreden,⁷¹ zij het dat ze hier in omgekeerde volgorde wordt geformuleerd. Wie inderdaad enkel zijn recht uitoefent met het oogmerk iemand te schaden, heeft geen belang bij de rechtsuitoefening daarvan. Althans, geen belang dat binnen de rechtsorde wordt erkend. Het past hier enige nuance te leggen. Onvermijdelijk zal door de uitoefening van een recht af en toe schade worden veroorzaakt aan een ander. Het is echter in de huidige stand van het recht niet verboden om schade te veroorzaken. Vanuit het oogpunt van de leer van de onrechtmatige daad zou er in principe geen probleem mogen zijn met het veroorzaken van schade. Het is slechts in de mate dat die schade werd veroorzaakt door een fout die in causaal verband staat met de gegeven rechtsuitoefening, dat aansprakelijkheid kan worden vastgesteld.

Als we in een werkdefinitie⁷² een subjectief recht zouden omschrijven als een door het objectief recht aan een rechtssubject gegeven macht met de bedoeling een belang te beschermen, dan wordt duidelijk waarom het uitoefenen van een recht met het enkel doel een

⁶⁷ Cass. 16 november 1961, *Pas.*, 1962, I, 332.

⁶⁸ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 188.

⁶⁹ Voorbeelden uit de rechtspraak: Cass. 30 januari 2003, *Pas.* 2003, 227, *Arr. Cass.* 2003, 270; Cass. 17 mei 2002, *Pas.* 2002, 1169, *Arr. Cass.* 2002, 1306; Cass. 30 januari 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992; *Pas.* 1992, 472; *RW*, 1993-1994, 203.

⁷⁰ F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR*, 1967.

⁷¹ Zie randnummer elf.

⁷² In een volgend deel van de verhandeling wordt ingegaan op de theorie met betrekking tot subjectieve rechten. Zie in die zin: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, V, Brussel, Bruylant, 1941, 821, voetnoot 1: “Les droits subjectifs nous sont accordés pour porter des intérêts réputés légitimes”.

ander te schaden, niet wordt aanvaard. Niet omdat de rechtstularis hier geen belang zou hebben in de ruime zin van het woord. Wel omdat het soort belang binnen de rechtsorde, genoegdoening scheppen in het veroorzaken van storend gedrag of leed toebrengen aan een ander, niet als behartenswaardig wordt beschouwd,⁷³ zolang er geen ander wel behartenswaardig belang meespeelt.

27. Samengevat: indien een subjectief recht zou kunnen worden gedefinieerd als een door het objectief recht verleende macht om belangen te beschermen,⁷⁴ dan heeft hij die geen belang heeft bij een bepaalde rechtsuitoefening ook geen recht. Wanneer we de definitie iets preciezer zouden formuleren, zouden we het recht in twee elementen kunnen onderverdelen. Een substantieel element, namelijk het belang en een formeel element, de mogelijkheid het recht te doen gelden in de rechtsorde, de *actio*.⁷⁵ De aanspraken die de rechtstularis maakt met toepassing van het formeel element, zouden dan geen doorgang mogen vinden bij afwezigheid van het substantieel element. Indien een recht wordt uitgeoefend zonder belang, maakt het een misbruik uit en kan de handeling met toepassing van de figuur van het rechtsmisbruik worden afgeblokt. Kort door de bocht: zonder belang geen recht.⁷⁶

C. Het proportionaliteitscriterium: het probleem scherpgesteld

a) Inleiding

28. De vorige twee rechtsmisbruikcriteria kennen dus niet echt de in de probleemstelling weergegeven spanning tussen het subjectief recht enerzijds als een binnen het wettelijk kader

⁷³ Voor de reden waarom dit zo is, kan net zoals in het Duitse recht, worden verwezen naar het beginsel van de goede trouw.

⁷⁴ Het hoeft hier niet noodzakelijk te gaan om het beschermen van het eigenbelang van de rechtstularis. Een bepaald recht kan ook worden verleend om andermans belang te behartigen. Indien dit belang niet wordt gediend, heeft de titularis geen recht meer. Een voorbeeld hiervan uit de rechtspraak kan worden gevonden in volgend vonnis: Vred.ger.Menen, 12 december 1979, *RW* 1979-1980, 2727; Een vader weigerde de toestemming tot het huwelijk van zijn dochter, overeenkomstig het nu niet meer bestaande artikel 179 BW. De rechtbank oordeelde dat het recht van de vader niet in het belang van zijn dochter werd uitgeoefend en hij aldus rechtsmisbruik pleegde.

⁷⁵ Zie in die zin: R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1924, 339.

⁷⁶ Zie voor een enigszins discutabel voorbeeld hiervan in de Belgische rechtspraak: Cass. 13 november 1952, *Pas.* 1953, I, 158; *Arr. Cass.* 1953, 144: deze zaak geen over een geschil tussen burens waarbij de ene voor een stuk op het erf van de ander had gebouwd. Het bestreden vonnis blokte de vordering van de eiser tot afbraak, ter vrijwaring van zijn eigendomsrecht af. Volgens de rechter had de eiser geen belang bij deze vordering gezien hij wettelijk hoe dan ook gehouden zou zijn om het bouwwerk te gedogen. Cassatie volgt deze rechter: "que le demandeur en cassation, dont le droit de propriété était violé, aurait néanmoins été sans intérêt à la démolition demandée puisque les défendeurs auraient certainement été autorisés par justice à construire comme ils l'ont fait, [...]".

verleende autonome bevoegdheid en anderzijds de figuur van het rechtsmisbruik die perken stelt aan diezelfde bevoegdheid. De vorige twee criteria hadden immers betrekking op gevallen waarin strikt genomen geen werking kon worden toegekend aan het recht aangezien er geen belang werd beschermd.

Die spanning treedt terug op de voorgrond van zodra de uitoefening van een recht zonder ‘redelijk’ belang zou geschieden. De ‘redelijkheid’ wordt daarbij in de rechtspraak heel vaak beoordeeld aan de hand van een proportionaliteitscriterium. Het is de bedoeling om in wat volgt eerst een aantal vonnissen en arresten uit de Belgische rechtspraak te lichten, die de draagwijdte van de conceptuele spanning beter illustreren. Vervolgens zal de probleemstelling zelf scherp worden gesteld.

b) Een overzicht van de rechtspraak in verband met het proportionaliteitscriterium

1. Ontwikkeling van het criterium: enkele opmerkelijke uitspraken in verband met het eigendomsrecht en kritiek

i. Rechtbank van eerste aanleg Namen 24 december 1935

29. Een eerste belangwekkend vonnis dat kan worden aangehaald is er één van 24 december 1935 van de rechtbank van eerste aanleg van Namen.⁷⁷ Het betrof hier een ‘klassiek’ eigendomsrechtelijk geschil waarbij een buur zijn huis 25 centimeter over de grens van het naburige erf bouwde. De eigenaar op wiens grond verkeerdelijk was gebouwd vorderde daarop de afbraak. De rechtbank weigert de afbraak en kent enkel een schadevergoeding toe. Hoewel niet is vastgesteld dat de eigenaar door zijn eis het oogmerk heeft zijn buur te schaden, zou het voordeel dat de eigenaar uit de afbraak van de gevel zou halen, niet in verhouding zijn tot het enorme nadeel voor de buur. Het enorme nadeel dat bovendien, aldus de rechtbank, niet in verhouding zou staan tot de lichte fout die de buur beging.

Op dit vonnis kwam kritiek vanuit de rechtsleer. DE PAGE⁷⁸ is van mening dat de beslissing er enkel toe dient om kleine overschrijdingen van andermans grond, die weinig schade met zich mee brengen voor de eigenaar die er slachtoffer van is, te excuseren. De mate waarin

⁷⁷ Rb. Namen, 24 december 1935, *Pas.*, 1937, III, 58.

⁷⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, V, Brussel, Bruylant, 1941, 823.

iemand 'schuld' heeft aan een bepaalde handeling, zo gaat hij verder, doet er niet toe in het burgerlijk recht. Elk innemen van andermans grond, hoe klein ook, blijft een inbreuk op andermans het eigendomsrecht. Wanneer aan de eigenaar het recht zou worden ontnomen om een vordering ter vrijwaring van zijn eigendom in te stellen, onder de vorm van een bevel tot afbraak, dan zouden de grenzen van dat eigendomsrecht al te vaag worden. Het recht om een vordering in te stellen tegen elke usurpatie, zonder genoegdoening te hoeven nemen met een schadevergoeding, zou absoluut zijn. Het criterium van rechtsuitoefening met oogmerk te schaden zou hier ook geen toepassing kunnen vinden aangezien het beschermen van zijn recht steeds een legitiem en voldoende belang is. DE PAGE raakt hier inderdaad een gevoelig punt, de vraag zou kunnen worden gesteld in hoeverre er nog sprake kan zijn van een recht zijn eigendom tegen inmenging van derden te beschermen, wanneer dit blijkbaar "ten private nutte" zou kunnen worden ingeperkt?

VAN GERVEN merkt op dat dit vonnis ruim navolging kreeg in de lagere rechtspraak.⁷⁹

ii. hof van beroep Gent 20 november 1950

30. Een gelijkaardige kritiek zou kunnen worden geuit op een arrest van 20 november 1950 van het hof van beroep te Gent.⁸⁰ Hier ging het echter niet om een privaat persoon die een inbreuk pleegde op andermans eigendom, maar om de overheid. Daarom zou het hier eerder kunnen gaan om een eigendom ten publieke -, eerder dan ten private nutte. Het arrest handelde over volgende situatie: de stad Kortrijk had bezit genomen van een gedeelte van een terrein dat al sinds de bombardementen van 1944 in puin lag. Dit verliep als volgt: op het stuk grond rustte er een erfdienstbaarheid *non aedificandi*. De stad verplaatste echter de afsluiting en legde op een deel van het terrein een stuk weg aan. Bij dit alles werd niet de geëigende onteigeningsprocedure gevolgd – hoewel bij KB wel al de toestemming was gegeven om het stuk grond uiteindelijk te laten onteigenen. Het Hof aanvaardt dat de eis van de van zijn grond ontdane eigenaar ontvankelijk is in zoverre die strekt tot het doen eerbiedigen van zijn eigendomsrecht. Met de afbraak van het bouwwerk gaat de rechtbank echter niet akkoord: "[...] dat er geen verhouding bestaat tussen het belang van de geïntimeerden en het grote

⁷⁹ Zie de rechtspraak geciteerd in W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 188, voetnoot (109). : Rb. Charleroi, 7 november 1941, *R.G.A.R.*, 1942, 3672; Gent, 20 november 1950, *R.C.J.B.*, 1953, 270; Vred. Beringen, 7 oktober 1955, *RW*, 1956-57, 627; Vred. Verviers, 11 februari 1958, *Jur. Liège*, 1957-1958, 287; Rb. Charleroi, 7 februari 1965, *Pas.*, 1957, III, 103; Brussel, 25 februari 1963, *R.G.A.R.*, 1964, 7201; Vred. Ath, 5 mei 1964, *JT*, 1964, 511.

⁸⁰ Gent, 20 november 1950, *RCJB*, 1953, 270 met Noot A. DE BERSAQUES.

nadeel dat appellante en de gemeenschap zouden ondergaan door de gevraagde vernieling van een werk van openbaar nut.”

31. Bij dit arrest zou dezelfde kritische vraag kunnen worden gesteld als bij het vorige. Toch werd in een noot van de hand van DE BERSAQUES gepoogd de zaak te maken voor het proportionaliteitscriterium. Hierbij lijkt de auteur het probleem vanuit een meer pragmatische aanpak te benaderen. Volgens hem zou het eigendomsrecht niet zozeer in gevaar komen als DE PAGE wel stelt. Deze rechtspraak zou zich enkel voordoen in gevallen waarin geen enkel serieus materieel nadeel aan de eigenaar wordt berokkend. Eisen dat in gelijkaardige gevallen het bouwwerk altijd zou moeten worden afgebroken zou de figuur van het rechtsmisbruik ontkennen. Het punt dat de auteur tracht te maken is dat het niet ‘hoort’ om te sterk op principes te staan wanneer het gering materieel euvel van de rechtstitularis evengoed bij equivalent zou kunnen worden vergoed. Dit des te meer wanneer de gevolgen van een ‘doorgedreven – op zijn – rechten – staan’ voor degene die zich de rechtsuitoefening moet laten tegenwerpen, veel nadeliger zouden uitvallen in verhouding tot het gering materieel voordeel voor de rechtstitularis.⁸¹ In de belangenafweging zou verder ook nog rekening moeten worden gehouden met een subjectief element. Dit wil zeggen: het gegeven of bewust op andermans grond werd gebouwd of niet.⁸²

De vraag die bij deze commentaar op het arrest onvermijdelijk rijst is: waarom zou het in bepaalde situaties – namelijk situaties waarin dit onevenredige gevolgen zou teweeg brengen – niet horen om op zijn rechten te staan? De diepere grondslag wordt door DE BERSAQUES gezocht in de moraal. De onevenredige gevolgen van de rechtsuitoefening zouden duiden op een overdreven egoïsme in hoofde van de rechtstitularis. Dit zou verantwoorden dat die uitoefening niet wordt toegelaten.⁸³ Over de moraal als vermeende grondslag voor juridische principes, zal in een verder deel van deze verhandeling worden ingegaan.

⁸¹ A. DE BERSAQUES, “l’Abus de droit”, *RCJB*, 1953, 278, n°10.

⁸² A. DE BERSAQUES, “l’Abus de droit”, *RCJB*, 1953, 283-284, n°19. Vergelijk met Cass. 13 april 1984 (*Arr. Cass.* 1983-1984, *Pas.* 1984, I, 1023) waarbij echter niet op andermans grond werd gebouwd, maar een erfdienstbaarheid werd miskent; zie in die zin ook W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 191; zie ook: Brussel, 10 juni 1965, *Pas.*, 1966, II, 159; Brussel, 16 april 1980, *JT*, 1981, 210; Cass., 14 november 1997, *Pas.*, 1997, I, 1191; *Arr. Cass.* 1997, 1138; Cass., 15 maart 2002, *Arr. Cass.* 2002, 803; *Pas.*, 2002, I, 731; Cass., 25 november 2005, *JT*, 2006, 9.

⁸³ A. DE BERSAQUES, “l’Abus de droit”, *RCJB*, 1953, 285, n°21.

iii. Hof van Cassatie 16 november 1961

32. In zijn onder randnummer 16 weergegeven kritiek had DE PAGE het nog over een vager wordend eigendomsrecht. Er kan worden gesteld dat het evenredigheids criterium inderdaad onteigening ten private nutte mogelijk zou kunnen maken. In dit verband kan worden gewezen op een arrest van het Hof van Cassatie 16 november 1961.⁸⁴ In deze zaak bouwde een eigenaar een muur op enkele centimeters van de scheidinglijn met het naburige erf. Hierdoor kon volgens hem geen toepassing worden gemaakt van artikel 661 BW, zijnde het verplicht gemeen maken van een muur die op de scheidinglijn werd gebouwd. In eerste en tweede aanleg werd geoordeeld dat hij geen enkel belang heeft dat het nadeel dat hij aan zijn buur berokkent door zo te handelen, zou kunnen rechtvaardigen. Daardoor zou zijn recht onbruikbaar worden. Cassatie oordeelt aan de hand van het criterium, ‘bij gelijk voordeel, geen nadeel voor de ander’. Het Hof neemt ook het algemeen belang mee in zijn overweging – “attendu que la mitoyenneté prévu par [article 661 CC] constitue entre voisins un état d’indivision forcée qui à sa source dans l’intérêt general”. Het gevolg hiervan is dat de bouwer van de muur niet alleen in gedwongen mede-eigendom dient te treden met zijn buur, maar dat hij bovendien de eigendom tussen de scheidinglijn en de muur, moet afstaan aan die buur.

Het door het Hof gehanteerde criterium kan bekritiseerd worden. De vraag kan worden gesteld waarin het gelijke voordeel ligt voor de buur van de eigenaar. Door de muur niet direct aan de grond van de buur te bouwen, heeft deze laatste volgens de letter van de wet – één en ander hangt uiteraard af van de interpretatie van het woord ‘*joignant*’, ‘palend aan’ uit artikel 661 BW⁸⁵ – niet het recht om de muur gemeen te maken. Dit was precies het voordeel dat de eigenaar van de muur beoogde. Hiertoe oefende hij zijn recht uit om te bouwen op zijn eigendom waar hij wil – conform artikel 544 BW. Er is dus geen sprake van een keuzemogelijkheid tussen verschillende uitoefeningwijzen met gelijk voordeel. De achterliggende redenering schijnt eerder te zijn dat meer belang moet worden gehecht aan het voordeel van de buur en de ‘algemeenheid’ om de muur gemeen te maken dan aan het eigendomsrecht over het strookje grond van de muurbouwer. Zulke rechtspraak leidt er inderdaad toe dat prerogatieven die toekomen aan de titularis van een subjectief recht wel zeer

⁸⁴ Cass. 16 november 1961, *Pas.* 1962, 332.

⁸⁵ Artikel 661 BW: “*Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen[...].*” De Nederlandstalige tekst vertaalt “*joignant*” met “palend aan”.

relatief en afhankelijk van specifieke omstandigheden worden. *In casu* werd namelijk een recht – het eigendomsrecht van de muurbouwer – geïnvallideerd ten opzichte van een feitelijk belang – indien de voorwaarden van artikel 661 BW werkelijk vervuld zouden zijn geweest, had de buur zich niet op rechtsmisbruik moeten beroepen om de muur gemeen te laten verklaren.

33. Terloops kan nog worden opgemerkt dat er in de rechtsleer kritiek kwam op het feit dat het Hof het algemeen belang betrok bij de belangenafweging. Zo werd opgemerkt dat de redenering van het Hof wel heel sterk begon te gelijken op het burgerlijk recht van de Sovjet-Unie, waar rechten slechts werden gevalideerd in functie van een eng gedefinieerd sociaal doel en in zoverre ze voor de gemeenschap nuttig zijn.⁸⁶ De verwijzing naar het algemeen belang schijnt inderdaad ver te staan van de filosofische onderbouwing van de *Code Napoléon* en de algemene uitgangspunten van het Frans- Belgische burgerlijke recht.⁸⁷ Toch is de verwijzing naar het algemeen belang niet de grootste *issue* met dit arrest. In het in het onder randnummer acht aangehaalde arrest van het Hof van Beroep van Gent van 27 januari 1854⁸⁸ werd reeds rekening gehouden met het algemeen belang. Bij de beoordeling van het gedrag van verweerder, hield de rechter rekening met de goede werking van de landbouw in het algemeen, en dus met het algemeen belang. Het hier besproken arrest van 1961 is op dit vlak dus geenszins revolutionair te noemen. De werkelijke conceptuele problemen liggen elders en werden reeds hierboven in het tweede deel van randnummer achttien besproken.

2. Het principearrest van het Hof van Cassatie van 10 september 1971:⁸⁹ ontstaan van een overkoepelend criterium

i. Het arrest

34. Door bovenstaande cassatierechtspraak werd de weg bereid voor het cassatiearrest van 10 september 1971. Deze uitspraak wordt beschouwd als het grondleggende arrest voor een generiek of algemeen criterium van rechtsmisbruik. Opnieuw ging de discussie hier over een

⁸⁶ DABIN en LAGASSE, “Examen de jurisprudence”, *RCJB*, 1963, 278, n°25: “[...] on aboutirait au système célèbre de l’article 1er du Code civil soviétique, avec son étroite finalisation des droits qui ne peuvent être exercés que “suivant leur destination économique et sociale”. L’intérêt générale est norme pour le *législateur*, qui a à définir en fonction de l’intérêt général les droits qu’il reconnaît aux particuliers des droits qui leur sont légalement reconnus.”

⁸⁷ Zie boven randnummers acht en negen in verband met het postrevolutionaire recht.

⁸⁸ Gent, 27 januari 1854, *Pas.*, 1854, II, 233.

⁸⁹ Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 31, *Pas.* 1972, 28, *RCJB*, 1976, 300.

bouwwerk van het ene erf (een muur) die deels overlapt met een ander erf. Deze overlapping bestond *in casu* al 23 jaar. Nu vordert de eigenaar met wiens grond de muur deels overlapt, de afbraak. Cassatie past hier het onderhand bekende proportionaliteitscriterium toe : “[...] dat de schade welke de verweerders zouden lijden bij de afbraak van een sedert 23 jaar aldus bestaande muur buiten alle verhouding is met het voordeel dat de eiser er kan bij hebben;[...]”. De onevenredigheid waarvan de rechtsuitoefening blijkt geeft, toont volgens het Hof aan dat de rechtstutularis gebruik maakt van zijn recht op een manier die kennelijk de grenzen overschrijdt van de manier waarop een normaal zorgvuldig persoon zijn recht zou uitoefenen;

“ [...] de rechtbank heeft kunnen oordelen dat in de gegeven omstandigheden, het eisen van de afbraak kennelijk de grenzen te buiten ging van de normale uitoefening door een voorzichtig en bezorgd persoon van het recht op afbraak, [...].”

ii. Receptie en kritische beschouwingen

35. Bovenstaande zinsnede wordt in de Belgische rechtsleer⁹⁰ gezien als overkoepelend criterium⁹¹ omdat alle andere criteria uitdrukking zouden zijn van de manier waarop een normaal, zorgvuldig persoon niet met zijn recht zou omgaan. Er kunnen twee opmerkingen worden gemaakt bij deze zienswijze. De eerste heeft te maken met het formuleren van een rechtsmisbruikcriterium in termen van de zorgvuldigheidsnorm. De tweede met het gebruik van de term kennelijk (*manifestement*).

1e Bedenking: artikel 1382 BW als grondslag?

36. Ten eerste zou het gebruik van de bewoordingen ‘als een normaal zorgvuldig en voorzichtig’ persoon tot de conclusie kunnen leiden dat de grondslag voor het rechtsmisbruik moet worden gezocht en gevonden in artikel 1382 BW. De foutnorm waarop dit artikel is gebaseerd kan namelijk als volgt worden gedefinieerd: handelen op een manier die niet

⁹⁰ A. DE BOECK, “Rechtsmisbruik” in *Comm.Bijz.Ov.*,2011, 129; J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, 17, n°28; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 59, n°25; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 179, n°248; L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (red.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 49. L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 89-90.

⁹¹ T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 759.

overeenstemt met de wijze waarop een normaal zorgvuldig en voorzichtig persoon, geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden zou hebben gehandeld. Elke lichtste afwijking van deze norm maakt een fout uit.⁹²

Wanneer echter logisch wordt geredeneerd kan artikel 1382 BW niet de gezochte grondslag zijn. Artikel 1382 BW houdt in wezen een schadevergoedingsmechanisme in. Het artikel zegt niets meer dan: wanneer er een fout, schade en causaal verband tussen beide is, moet die schade worden vergoed. Het zegt niet waarom het fout is om op deze of gene manier van een recht gebruik te maken, waarom een zorgvuldig persoon niet zus of zo zijn recht aanwendt. In dat opzicht vindt het rechtsmisbruik eerder zijn remediëring, niet zijn grondslag als dusdanig in artikel 1382 BW.⁹³

2e Bedenking: betekenis van het woord ‘kennelijk’

37. Ten tweede springt het gebruik van het woord ‘kennelijk’, onmiddellijk in het oog. De uitleg die hieraan in de rechtsleer wordt gegeven, is dat de rechter zijn eigen oordeel niet in de plaats van dat van de rechtstularis mag stellen. Indien hij dit wel zou doen, zou afbreuk worden gemaakt aan een essentieel element van het subjectief recht, namelijk, de uitoefening daarvan door de titularis naar eigen inzicht.⁹⁴ Daarom kan de rechter het gebruik slechts sanctioneren wanneer de rechtstularis buiten de marges treedt van wat elk ‘redelijk denkend’ persoon als ‘normaal’ zou aanvaarden. Hij moet met andere woorden bij zijn beoordeling een zekere terughoudendheid aan de dag leggen.⁹⁵ VELAERS stelt dat het in een democratische rechtsstaat niet volstaat dat een rechter het gebruik van een recht ‘onredelijk’ vindt, om het te kunnen beperken, de rechter moet het ‘kennelijk’ onredelijk vinden. Hierbij aansluitend kan een interessant citaat van STIJNS en VUYE worden aangehaald: “l’exercice du droit est à ce

⁹² L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 34.

⁹³ F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR*, 1967, 371, n°48.

⁹⁴ Zie de verwoording van CORNELIS met betrekking tot dit punt; “dit strijdt met de grondslag zelf van het subjectieve recht, die door de wilsautonomie, het zelfbeschikkingsrecht en uiteindelijk de individuele vrijheid is bepaald en waarmee onverenigbaar is dat een rechter, zonder enige terughoudendheid, zijn opvattingen in verband met het subjectieve recht en het gebruik ervan in de plaats van de opvatting van de titularis stelt.” L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 80.

⁹⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 74, n°31; A. DE BOECK, “Rechtsmisbruik” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, 129-130; L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, 54-55; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 83.

point déraisonnable que, sans aucun doute, son intervention aura l'assentiment de l'opinion générale.”⁹⁶

In dit verband wordt gesproken van de zogenaamde ‘marginale toetsing’. Dit is een begrip afkomstig uit het publiekrecht. Om de scheiding der machten te garanderen, vermag de rechter niet te oordelen over de opportuniteit van een handeling gesteld door de openbare macht.⁹⁷ Althans voor zover de beslissing van de overheid valt binnen de marge van redelijke beslissingen. Valt ze daarbuiten, dan kan de rechter in de plaats van het bestuur oordelen over wat een redelijke beslissing zou geweest zijn.⁹⁸ Het gebruik van deze techniek voor het vaststellen van rechtsmisbruik zou nu worden geïmpliceerd door het woord ‘kennelijk’. Sommige rechtsleer leidt daaruit af dat voor het aanhouden van rechtsmisbruik een lichte afwijking van de zorgvuldigheidsnorm niet volstaat, het zou moeten gaan om een zware afwijking.⁹⁹

38. Bij de redenering dat het woord ‘kennelijk’ in het criterium werd opgenomen om duidelijk te maken dat een zwaardere afwijking van de zorgvuldigheidsnorm nodig is om het misbruik van een recht vast te stellen, hetgeen een marginale toetsing behoeft, kunnen mijns inziens drie kanttekeningen worden geplaatst.

Om te beginnen, de toevoeging van het woord ‘kennelijk’ aan de klassieke formulering van de zorgvuldigheidsnorm botst met het gemeen burgerlijk aansprakelijkheidsrecht. Om een bepaalde handeling als een fout onder artikel 1382 BW te zien, volstaat immers elke lichtste afwijking.¹⁰⁰ Sommige rechtsleer die de leer van het rechtsmisbruik als onderdeel van het

⁹⁶ S. STIJNS en H. VUYE, “Tendances et réflexions en matière d’abus de droit en droit des biens”, in H. VUYE, P. WERY, F. VAN NESTE (eds.), *Propriété. Eigendom*, Brugge, die Keure, 1996, 108.

⁹⁷ Cass., 26 april 1963, *Pas.* 1963, I, 905, *RCJB* 1963, 116.

⁹⁸ J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, 209.

⁹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 74, n°31.; zie ook: K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen” in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, II, Diegem, Kluwer, 1994, 1146.

¹⁰⁰ Zie de hierboven gegeven definitie van de foutnorm: handelen op een manier die niet overeenstemt met de wijze waarop een normaal zorgvuldig en voorzichtig persoon, geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden zou hebben gehandeld. Elke lichtste afwijking van deze norm maakt een fout uit. Zie ook: L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 85, n°53.

algemene aansprakelijkheidsrecht ziet, zit zo gewrongen met deze vaststelling dat ze voorstelt dat het Hof van Cassatie het woord ‘kennelijk’ maar beter zou laten vallen.¹⁰¹

Vervolgens is elke beoordeling van de zorgvuldigheidsnorm marginaal. Het foutcriterium houdt namelijk in dat wie door zijn gedrag buiten de marges treedt van de manier waarop een redelijk persoon zou handelen, een fout begaat. Vanzelfsprekend treedt de rechter niet in de beoordeling van het gedrag dat binnen die marges blijft. Het is daarom niet duidelijk wat het woord ‘kennelijk’ zou kunnen toevoegen aan die beoordeling. Zou het hier moeten gaan om een extra ruime marge? Een marge die niet alleen het gedrag van redelijke maar ook iets minder redelijke personen insluit? Kunnen alleen de volslagen onredelijken rechtsmisbruik begaan? Het mag duidelijk zijn dat de discussie over het woord kennelijk niets bijdraagt tot een verduidelijking van het zogenaamde overkoepelende criterium, nu niet kan worden beweerd dat cassatie hier iets anders dan de zorgvuldigheidsnorm aanhaalt.

Ten slotte, wil ik hier voorzichtig volgende bedenking formuleren. Zoals hierboven reeds gesteld, is de marginale toetsing een techniek die werd ontwikkeld om de overheid aansprakelijk te kunnen stellen voor de gevolgen van overheidsbeslissingen – dus handelingen die ze beging in haar hoedanigheid van overheid.¹⁰² In het kader van rechtsmisbruik gaat het om het beoordelen van de gevolgen van een machtsuitoefening, niet door de overheid, maar door private rechtssubjecten. Om de gevolgen van handelingen van rechtssubjecten te beoordelen, wordt normaalgezien gebruik gemaakt van de technieken ontwikkeld door het aansprakelijkheidsrecht. Het is begrijpelijk waarom het Hof van Cassatie neigt richting de marginale controle techniek. Er kunnen met wat goede wil parallellen worden getrokken tussen de overheid die een beleidsbeslissing neemt in het kader van de haar toegestane openbare macht enerzijds en een rechtstitularis die eveneens een ‘beleidsbeslissing’ neemt in het kader van het hem toegestane recht, anderzijds. Er mag hierbij echter niet uit het oog worden verloren dat dit nog altijd twee zeer onderscheiden zaken zijn. Een rechtssubject is geen drager van openbare macht en juist daarom worden zijn daden op een andere manier beoordeeld door het recht. Door het binnensluipen, via het woord ‘kennelijk’, van een publiekrechtelijke beoordelingstechniek in een privaatrechtelijke aangelegenheid, is mijn

¹⁰¹ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 181, n°251.

¹⁰² J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, 209.

inziens heel wat terminologische en theoretische onduidelijkheid ontstaan. Althans voor wat het zogenaamde overkoepelende criterium van rechtsmisbruik betreft.

3. Intermezzo: vergelijking met het Franse recht, “l’empiétement sur le terrain d’autrui”

i. Rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie

39. In de situatie waarbij, ook al is het maar voor een klein stuk, op andermans grond wordt gebouwd, kiest de Belgische rechtspraak er niet automatisch voor om de afbraak te bevelen. De zwaarte van de overtreding, de nadelen van een afbraak en het verlies van de in zijn eigendom gekrenkte eigenaar worden tegen elkaar afgewogen. Dit ligt enigszins anders in Frankrijk.

40. In een arrest van 7 juni 1990 diende het Franse Hof van Cassatie¹⁰³ te oordelen over een arrest van het hof van beroep van Bastia. Het betrof hier een klassiek eigendomsrechtelijk geschil waarbij een eigenaar kanalisatiewerken die voor een stuk op zijn grond lagen wou laten verwijderen. Het bestreden arrest stelde dat de werken werden gemaakt met toestemming van de eigenaar en dat het verwijderen ervan grote schade zou teweeg brengen voor de partij die zich van de kanalisatiewerken bedient. De eigenaar zou bij zijn eis geen legitiem belang kunnen voorleggen en daarbij vertrekken vanuit een kwaad opzet. Het arrest stelt dat er duidelijk sprake is van rechtsmisbruik. Het Hof van Cassatie is zeer kort in zijn bewoordingen: “Qu’en statuant ainsi, alors que la défense du droit de propriété contre un empiétement ne saurait dégénérer en abus, la cour d’appel a violé le texte susvisé [art. 545 CC]”. Verwijzend naar de commentaar van DEBERSAQUES zoals hierboven weergegeven onder randnummer 31, kan worden gesteld dat in Frankrijk wel de principiële weg wordt gevolgd.

41. Deze rechtspraak wordt ook aangehouden in de typische gevallen waarbij de overschrijding op andermans grond niet zo heel groot is. Bij wijze van voorbeeld kan een arrest van het Franse Hof van Cassatie van 24 mei 1965¹⁰⁴ worden aangehaald. In deze zaak had het bestreden arrest de afbraak geweigerd van een met 23 centimeter overhangend dak,

¹⁰³ Cass. (FR), 7 juin 1990, n° 88-16.277, www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁴ Cass. (FR), 24 mai 1965, n° 63-10.859, www.legifrance.gouv.fr.

omdat de overlap zo miniem was. Het Hof van Cassatie was echter van mening dat, hoe miniem ook, de overlap toch een inbreuk op het eigendomsrecht betekende en dat door de afbraak niet toe te staan, de rechter in beroep artikel 552 CC schond. In latere rechtspraak wordt deze visie ook aangehouden. Een zeer frappant voorbeeld is het arrest van het Franse Hof van Cassatie 20 maart 2002.¹⁰⁵ De overlap van een gemeenschappelijke muur bedroeg hier slechts 0,5 cm. Het Hof van Cassatie verbrak het arrest dat de afbraak weigerde omdat de overlap zo miniem was. Hierbij wijst het Hof op artikel 545 CC volgens hetwelk niemand kan onteigend worden tenzij ten algemene nutte en tegen een billijke vergoeding.¹⁰⁶

ii. Rechtsvergelijking

42. Wanneer de vergelijking wordt gemaakt met de onder de randnummers 29, 30, 32 en 34 besproken rechtspraak, kan het contrast niet groter zijn. De Franse rechtspraak weigert elke inbreuk op het eigendomsrecht, hoe miniem ook, te erkennen. Hierbij wordt geen afweging gemaakt van de concrete feiten maar wordt louter vanuit de wettelijke principes geredeneerd. Meer bepaald vanuit artikel 545 CC. Een gelijkaardige bepaling in het Belgische recht kan worden gevonden in artikel 16 van de Grondwet. Hoewel een grondwettelijk principe dus enkel onteigening – waarin het in bovenverwezen Belgische rechtspraak in feite om gaat – wordt toegelaten ten publiek nutte, moet worden vastgesteld dat de Belgische rechtspraak, in tegenstelling tot de Franse, ook een onteigening ten private nutte toelaat. Hiervoor wordt een beroep gedaan op rechtsmisbruik, een in de rechtspraak ontwikkelde rechtsfiguur waarvan de juridische grondslag tot op heden nog niet sluitend werd vastgesteld.

Dat dit soms tot zeer verregaande resultaten kan leiden, kan worden geïllustreerd aan de hand van een vonnis van 8 september 1999 van de rechtbank van eerste aanleg te Tongeren.¹⁰⁷ De feiten gingen als volgt. De makelaar had het verkoopbord voor een perceel bouwgrond 100 meter naar de verkeerde kant geplaatst. Hierdoor werd uiteindelijk een huis gebouwd op het verkeerde perceel. De eigenaars van het aldus bebouwde perceel eisen de afbraak. De eigenaars van het perceel waar het huis eigenlijk had moeten gebouwd worden, bieden hun perceel 100 meter verder aan dezelfde kant van de straat aan, zonder bijkomende kosten en

¹⁰⁵ Cass. (FR), 20 mars 2002, n° 00-16.015, www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁶ Zie voor verdere voorbeelden: Cass. (FR), 9 juill. 2014, n° 13-15.483; Cass. (FR), 10 november 2016, n° 15-25113; Cass. (FR), 30 oct. 2013, n° 12-22.169, www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁷ Rb. Tongeren, 8 september 1999, *RW*, 2000-2001, I, 205.

met een opleg. In het vonnis werd verwezen naar het cassatiearrest van 10 september 1971 om aan te tonen dat misbruik van eigendomsrecht mogelijk is. Hierbij werd wel opgemerkt dat er in de rechtspraak niet echt gevallen bekend zijn waarbij iemand een volledig huis op andermans grond gebouwd had, wellicht, zo gaat het vonnis verder, omdat dan steeds artikel 555 BW werd toegepast. De rechter maakt de volgende afweging: als de eigenaar het aanbod voor de ruil zou aanvaarden, dan wordt hij – volgens de rechter – integraal vergoed en lijdt hij geen schade. Langs de andere kant zou de kost van de afbraakwerken voor degenen die het huis bouwden 2 500 000 BEF. bedragen. Vanuit die overweging stelt de rechtbank vast dat het rechtsmisbruik zou uitmaken om de afbraak te vorderen. De eigenaars op wiens grond werd gebouwd, hebben dan ook, nog volgens de rechtbank, enkel de keuze om ofwel met toepassing van artikel 555 BW het huis te houden mits vergoeding van de aannemingswerken, ofwel het aanbod voor de ruil te aanvaarden.

Een grotere inbreuk op het eigendomsrecht dan het bouwen van een volledig huis op andermans grond, zonder diens medeweten, laat staan toestemming, kan haast niet worden voorgesteld. De rechter in deze zaak besliste desalniettemin dat ook deze eigenaar in dit extreem geval misbruik kon maken van zijn eigendomsrecht. Het is duidelijk dat hier niet werd geoordeeld op basis van juridische principes. Het lijkt er eerder op dat de figuur rechtsmisbruik uit de rechterlijke hoed wordt getoverd om een pragmatische oplossing voor een wel heel vervelende situatie te kunnen zoeken. Op dit punt zou de Belgische rechtspraak dus niet verder af kunnen staan van de Franse. Dit zal des te meer blijken uit het hiernavolgende, korte, Belgische rechtspraakoverzicht.

4. Enkele arresten in navolging van Cass. 10 september 1971

43. In de cassatierechtspraak over rechtsmisbruik die dateert van na het arrest van Cass. 10 september 1971 wordt het zogenaamde overkoepelende criterium heel vaak ingeroepen met het efficiëntiecriterium. Het is de bedoeling om hierna een selectie van die arresten weer te geven om uiteindelijk in een deelconclusie het probleem van het rechtsmisbruik te kunnen scherp stellen, onder meer aan de hand van de hieronder weergegeven rechtspraak.

i. Hof van Cassatie 10 maart 1983

44. Een eerste arrest dat de moeite waard is om weer te geven is er één van 10 maart 1983.¹⁰⁸ Het geding ging hier over twee burens die elkaar niet meer wouden zien, vandaar dat de ene de ander wil laten delen in de kosten voor een gemene muur. Het zou gaan om een bakstenen muur van 20 centimeter dik. De ander vindt de kosten voor dergelijke muur te overdreven.

Het bestreden vonnis stelde dat het vorderen van de bouw van dergelijke muur overdreven is en rechtsmisbruik uitmaakt omdat hetzelfde doel (afschieden van de twee erven) door een eenvoudigere en goedkopere muur zou kunnen worden bereikt. Het voornemen om een stenen muur van 20 centimeter op te richten zou een onredelijke economische verrichting uitmaken. Het cassatiemiddel bestaat uit drie delen. Ten eerste zouden volgens de eisers in cassatie de vereisten voor het bouwen van scheidingsmuren in stedenbouwkundige voorschriften zijn vastgelegd, waarvan niet kan worden afgeweken. Het zou dus niet aan de eisers kunnen worden verweten dat ze een duur alternatief kozen. Dit argument werd door cassatie van de hand gedaan door te stellen dat die voorschriften niet concreet werden aangehaald door eisers, de rechter diende dus niet op zulke algemene beweringen in te gaan. Ten tweede wordt het recht dat artikel 663 BW aan eisers geeft aan hun eigen vrije oordeel overgelaten. Artikel 663 BW zou geen beperkingen bevatten met betrekking tot de uitoefening van dat recht. Ten derde was het vonnis niet duidelijk met betrekking tot welke alternatieven er dan zouden moeten komen.

Cassatie verwerpt de middelen. Enerzijds zou de appelrechter wel duidelijk zijn geweest met betrekking tot de alternatieven. Anderzijds ziet cassatie wel degelijk misbruik in de manier waarop eiser zijn uit artikel 663 BW verkregen recht aanwendt: “overwegende dat hoewel degene die zijn nabuur wil verplichten om bij te dragen tot het bouwen van een afsluiting het recht heeft om, met inachtneming van de in dat artikel 663 BW bedoelde wettelijke en reglementaire voorschriften, de scheidingsmuur te bouwen volgens de door hem gekozen wijze, hij dit recht niet mag uitoefenen op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een bedachtzaam en zorgvuldig persoon; het bestreden vonnis verantwoordt dan ook zijn beslissing dat er sprake is van rechtsmisbruik in

¹⁰⁸ Cass. 10 maart 1983, *Arr. Cass.*, 1982-1983, 847; *Pas.*, 1983, I, 756.

hoofde van eiser, naar recht door te oordelen dat het door de eiser gekozen bouwwerk overdreven duur is in verhouding tot de waarde van de onroerende goederen en hetzelfde resultaat kan worden bereikt door verschillende minder dure oplossingen en zonder onnodig schade aan de andere buur te berokkenen.”

ii. Hof van Cassatie 6 april 1984

45. Een volgend arrest van het Hof van Cassatie waarin het overkoepelend criterium wordt gekoppeld aan het proportionaliteitscriterium is er één van 6 april 1984.¹⁰⁹ In deze zaak ging het om een aannemer die werken had uitgevoerd voor de overheid. Zijn werk vertoonde enkele lichte gebreken. Onder de toenmalige reglementering was het mogelijk voor de overheid om bij gebrek in de uitvoering, de overeenkomst te schorsen en op kosten van de aannemer over te gaan tot een nieuwe aanbesteding. Cassatie oordeelde uiteindelijk dat de overheid misbruik maakte van haar recht op wederbesteding. Dit omdat er een wanverhouding bestond tussen de zeer geringe gebreken enerzijds en de kost van de wederaanbesteding die betrekking had op onnodige werken en die een veelvoud bedroeg van de eigenlijke herstellingswerken anderzijds. Daarom oefende de overheid haar recht uit op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening door een voorzichtig persoon. Interessant aan dit arrest is dat niet betwist wordt dat de aannemer initieel zelf een fout had begaan. De zwaarte van zijn fout wordt door de rechter blijkbaar meegenomen in de belangenafweging. Op die manier komt het subjectieve element waar DE BERSAQUES in zijn noot attent op maakte, terug.¹¹⁰

iii. Hof van Cassatie 19 november 1987

46. In een arrest van 19 november 1987, beoordeelde het Hof van Cassatie opnieuw een conflict tussen burenen.¹¹¹ Iemand bouwde een bijgebouw (een soort van veranda) tegen de gevel van het naburig huis. Hierdoor wordt aan de burenen een onregelmatig licht en zicht dat ze reeds 30 jaar op de eigendom van de buur hadden, ontnomen. Het bestreden vonnis oordeelde dat het bijhuis een beperkt nut had dat buiten verhouding stond met de nadelen ervan voor de

¹⁰⁹ Cass. 6 april 1984, *Arr. Cass.*, 1983-1984, 1049; *Pas.* 1984, I, 990.

¹¹⁰ A. DE BERSAQUES, “l’Abus de droit”, *RCJB*, 1953, 283-284, n°19; deze noot werd geschreven bij het onder de randnummers 30 tot 31 weergegeven arrest van het Hof van Beroep van Gent. DE BERSAQUES schrijft dat ook rekening dient te worden gehouden met een subjectief element, namelijk de ernst van de initiële fout die de vordering tot herstel in de eerste plaats deed ontstaan. Hierbij dient volgens hem het onderscheid te worden gemaakt tussen iemand die bewust op andermans grond bouwde en iemand die te goeder trouw zijnde, per vergissing over de scheidingslijn kwam.

¹¹¹ Cass. 19 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-1988; *Pas.*, 1988, I, 332; *RW* 1987-1988, 1060.

buren. Het beveelt de afbraak. Het cassatiemiddel argumenteert dat de rechter bij de belangenafweging om uit te maken of er sprake is van rechtsmisbruik ook rekening moet houden met de kosten die eiser in cassatie maakte om zijn recht uit te oefenen. Cassatie volgt echter het bestreden vonnis en stelt dat het uit het beperkt nut dat het bijhuis heeft in vergelijking met de nadelen daarvan voor de burens, naar recht heeft kunnen afleiden dat de wijze waarop de eiser gebruik maakte van zijn rechten niet overeenstemt met de manier waarop een normaal zorgvuldig persoon met zijn rechten omgaat.

iv. Hof van Cassatie 18 juni 1987

47. Vermeldenswaard in dit korte rechtspraakoverzicht is verder nog een arrest van het Hof van Cassatie van 18 juni 1987.¹¹² De feiten gingen als volgt: er werd een overeenkomst gesloten tussen twee burens waarbij alle erfdiensbaaheden en in het bijzonder de erfdiensbaahede van doorgang, werden afgeschaft. De overeenkomst werd aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat de eigenaar van het heersende erf een muur zou plaatsen op de scheidingslijn. Deze eigenaar bouwt de muur op enkele centimeters van de scheidingslijn, zorgt dat er een opening inzit en beweert aldus nog steeds een recht van doorgang te hebben. Volgens het bestreden vonnis handelde de eigenaar van het heersende erf klaarblijkelijk abusief door een te letterlijke naleving van de overeenkomst te vragen waarvan de eigenlijke uitvoering door zijn toedoen onmogelijk werd gemaakt. Het cassatiemiddel voert aan dat het niet voldoende is om vast te stellen dat een recht, ontleend aan een contract, uitsluitend in het eigen belang wordt uitgeoefend. Enkel wanneer daar een voordeel uit wordt gehaald dat buiten verhouding is tot de correlatieve last van de andere partij, zou er sprake zijn van rechtsmisbruik. Het Hof van Cassatie volgt het cassatiemiddel.

v. Hof van Cassatie 17 mei 2002

48. Inhoudelijk aansluitend bij het vorige arrest, is een arrest van het Hof van Cassatie van 17 mei 2002.¹¹³ De feiten waren de volgende. Eisers in cassatie hadden een huis gebouwd op een stuk grond waar een conventioneel recht van doorgang op was gevestigd. De burens nemen geen genoegen met een wandelpad als doorgang, ze willen met de wagen kunnen passeren, ze vorderen de afbraak van het huis. Voor de appelrechters werd betoogd dat die vordering rechtsmisbruik zou uitmaken. De bestreden beslissing oordeelde echter niet dat er een reden

¹¹² Cass. 18 juni 1987, *Pas.*, 1987, I, 1295; *Arr. Cass.* 1986-87, 1441; *RW* 1987-1988, 503.

¹¹³ Cass. 17 mei 2002, *Pas.* 2002, II, 1169; *Arr. Cass.* 2002, 1306.

voor lag om de conventionele erfdiensbaarheid te miskennen door enkel in een wandelpad te voorzien. Het herstel in de oorspronkelijke toestand werd bevolen. Het Hof van Cassatie oordeelde dat deze beslissing niet naar recht verantwoord was. De rechter had moeten oordelen of het recht dat de burens uit de overeenkomst haalden, met een redelijk en voldoende belang werd uitgeoefend, rekening houdende met het nadeel dat de uitoefening van het recht berokkent en het door de titularis verkregen voordeel.

vi. Hof van Cassatie 10 juni 2004

49. Als laatste arrest in de rij, vooraleer de kern van de zaak wordt besproken, kan nog het arrest van het Hof van Cassatie van 10 juni 2004.¹¹⁴ De feiten gingen als volgt. Reeds dertig jaar vloeide vanuit een bezinkput afvalwater op het erf van eiseres in cassatie. Zij vraagt nu het stopzetten van de lozing en vordert verder dat haar burens zich zouden aansluiten bij het openbaar rioleringswerk.

Het bestreden vonnis oordeelde dat die eis rechtsmisbruik zou uitmaken. Hiervoor wordt voornamelijk het proportionaliteitscriterium ingeroepen. Het voordeel dat eiseres zou behalen bij haar eisen, zou niet opwegen tegen de nadelen daarvan voor de verweerders. Hierbij haalt de rechtbank onder andere aan dat de kosten voor verweerders om zich aan te sluiten bij het openbaar rioleringsnetwerk te hoog zouden zijn, omwille van de natuurlijke gesteldheid van het terrein. Het cassatiemiddel vertrekt vanuit de overweging dat de verweerders in feite een inbreuk plegen op de milieuwetgeving door hun afvalwater zomaar in een gracht te lozen. Op deze inbreuk staan strafsancities. Het past om een deel van de grieven hier te citeren:

“Eiseres had ook aangevoerd dat een contra-*legem* praktijk niet kan worden voortgezet omdat de vraag om zich rechtsconform te gedragen in hoofde van eiseres niet foutief is en dus nooit rechtsmisbruik zou kunnen uitmaken; de verweerders konden aan de rechter niet verzoeken “hen - en hun latere rechtsopvolgers het subjectief recht te geven in de toekomst te blijven handelen in strijd met het objectieve recht, zelfs met het strafrecht.” [...] Het bestaan van wetsinbreuken ten opzichte van rechtsmisbruik is niet irrelevant, omdat het ontnemen van een onrechtmatig voordeel dat verweerders bekwamen door de strafwet te miskennen nooit rechtsmisbruik kan vormen. De appelrechters konden bijgevolg niet tot het bestaan van rechtsmisbruik in hoofde van eiseres besluiten zonder dit onderzoek te verrichten.”

¹¹⁴ Cass. 10 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, II, 1031; *Pas.* 2004, II, 996; Zie ook: Cass. 10 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-1988, 1308; *Pas.* 1988, I, 1213: “Misbruik van recht kan ook bestaan zo dit recht op de wet steunt en bij regelmatige procedure wordt opgeëist.”

Het Hof van Cassatie gaat niet in op het middel en oordeelt dat er wel degelijk sprake kan zijn van rechtsmisbruik ook al steunt het recht in kwestie op “wettelijke bepalingen waarvan de overtreding strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd.” Om te onderbouwen dat er sprake is van rechtsmisbruik haalt cassatie voornamelijk het zogenaamde overkoepelende criterium aan in samenhang met het proportionaliteitscriterium. Het Hof minimaliseert langs de ene kant de ernst van het lozen van het afvalwater en wijst langs de andere kant op de hoge kosten die de verweerders zouden moeten maken om hun afvoer aan te sluiten op het openbaar rioleringswerk – hetgeen nochtans wettelijk verplicht is.

c) Scherpstellen van de rechtsmisbruikkwestie

50. Onder randnummer 36 werd een werkdefinitie gegeven voor de term subjectief recht. Er werd gesteld dat een subjectief recht een door het objectief recht verleende macht is om een bepaald belang te behartigen. De vraag die zich nu stelt, is hoe ver die macht precies reikt. Er kan worden opgemerkt dat die macht alleszins moet worden uitgeoefend binnen de door het objectief recht gestelde voorwaarden. Daar ligt echter niet het probleem in het geval dat het proportionaliteitsbeginsel naar voren wordt geschoven om een beperking op basis van rechtsmisbruik te verantwoorden. In dergelijke gevallen oefent de rechtstularis namelijk zijn recht uit met het oog op het beschermen of verwezenlijken van zijn belang. Hier wordt het subjectief recht dus gebruikt in zijn eigenlijke functie. Alleen schijnt die door de rechtspraak opzij te kunnen worden gezet wanneer zij oordelen dat de rechtstularis geen ‘voldoende’ belang heeft. Dat is immers waar het in de bovenvermelde rechtspraak telkens op neerkomt.

51. De vraag naar de aard van een subjectief recht stelt zich hier scherp. Vanuit de manier waarop het concept in bovenstaande cassatierechtspraak wordt ingevuld, schijnt het een zeer rekbaar begrip te zijn geworden in de Belgische rechtspraak. De macht van de rechtstularis om zijn door het objectief recht gegeven macht om een erkend belang naar eigen inzicht te behartigen, wordt ingeperkt door noties van ‘proportionaliteit’, men zou zelfs kunnen stellen, ‘efficiëntie’.¹¹⁵ Is er wel een rechtsregel voorhanden die zegt dat rechtstularissen efficiënt

¹¹⁵ Bepaalde rechtsleer gaat hierin vrij ver. Zo trekt VAN GERVEN parallellen met de manier waarop sommige beslissingen van overheidsorganen (nationale of Europese) moeten worden geëvalueerd en het evalueren van het uitoefenen van privaatrechtelijke rechten. Rechten zouden pertinent en proportioneel ten aanzien van het te verwezenlijken doel moeten zijn. W. VAN GERVEN, “Principe de proportionalité, abus de droit et droits fondamentaux”, *JT* 1992, 307-308.

moeten omgaan met hun rechten? Behoort het niet juist tot de essentie van een subjectief recht dat de rechtstitularis zijn recht kan aanwenden hoe het hem zelf belieft?¹¹⁶

Wanneer bovenstaande arresten worden doorgenomen, kan de indruk ontstaan dat de rechtspraak eerder een soort utilitaire plichtenleer heeft uitgewerkt, die ingaat tegen de notie van wat een subjectief recht is. Utilitair omdat eerder wordt gekeken naar wat de meest kostenbepalende of de minst kosten genererende handeling is in een gegeven situatie, dan naar de noden of de aanspraken van de rechtstitularis. Het ijkpunt lijkt welvaartsvermeerdering te zijn voor de algemeenheid.¹¹⁷ Een plichtenleer, omdat vooral wordt gefocust op hoe een rechtstitularis zich dient te gedragen bij de uitoefening van zijn rechten.¹¹⁸ Hij dient zich te conformeren met een ‘normaal zorgvuldig persoon’. De nadruk ligt niet zozeer op de onafhankelijke positie die hij inneemt als rechtstitularis.

Hier ligt het ware spanningsveld met het concept subjectief recht, want beweren dat iemand een recht heeft, betekent doorgaans dat hij een handeling kan stellen of een positie innemen die niet het algemeen welzijn dient. Een recht hebben betekent dat kan gehandeld worden onafhankelijk van één of ander collectief doel.¹¹⁹

52. Ter illustratie kan het onder randnummer 42 reeds weergegeven vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Tongeren in herinnering worden gebracht.¹²⁰ Een zuiverder

¹¹⁶ Zie A. DE BOECK, “Rechtsmisbruik” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, 136; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 79-80: “Geconfronteerd met de feitelijke omstandigheden zijn het de rechtssubjecten die bepalen hoe zij machten, de vermogens die zij, onder omstandigheden, uit de toepasselijke algemene en abstracte rechtsregels putten, zullen aanwenden. [...] het subjectieve recht door hen zeer uiteenlopend kan worden aangewend. Dit wekt geen verbazing vermits de rechtssubjecten, in beginsel, naar goedvinden over het gebruik van hun subjectieve rechten beslissen.”; in die zin ook: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Brussel, Bruylant, 1962, 167, n°113; P. VAN OMMESLAGHE, “abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, *RCJB*, 1973, 327, n°10; X. THUNIS, *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 20, *Théorie générale de la faute*, vol. 1, *La faute civile, un concept polymorphe*, Brussel, Kluwer, 2000, 29-30, n°40; A. DE BERSAQUES, “l’abus de droit”, noot onder Gent, 20 november 1950, *RCJB*, 1953, 282, n°18.

¹¹⁷ Zie in die zin: R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1978, 172.

¹¹⁸ R. DWORKIN, *ibid.*

¹¹⁹ Zie: R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, 271: “This idea – that individual rights may lead to overall utility – may or may not be true, but it is irrelevant to the defence of rights as such, because, when we say that someone has a right to speak his mind freely, in the relevant political sense, we mean that he is entitled to do so even if this would not be in the general interest. If we want to defend individual rights in the sense in which we claim them, then we must try to discover something beyond utility that argues for these rights.” Of nog, R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, int. XI-XII: “Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a significant justification for imposing some loss or injury upon them.”

¹²⁰ Burg. Rb. Tongeren, 8 september 1999, *RW*, 2000-2001, I, 205.

toepassing van het eigendomsrecht als het vorderen van de afbraak van een huis dat zonder toestemming volledig op een eigenaar zijn grond werd gebouwd, kan niet worden voorgesteld. De eigenaar wil met zijn grond kunnen doen en laten wat hij wil. Hiertoe krijgt hij een eigendomsrecht dat hij tegen iedereen kan invoeren. De juridische orde dient zijn aanspraken ter bescherming van zijn belang te respecteren, zolang hij er “geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of de verordeningen”.¹²¹ Dat schijnt in voorliggend geval alleszins niet aan de orde te zijn geweest in hoofde van de eiser. Het waren integendeel de verweerders die een grove inbreuk pleegden op andermans eigendomsrecht. In de plaats dat de rechter echter het eigendomsrecht dat hier in zijn meest voor de hand liggende toepassing werd uitgeoefend, vrijwaring van het genot over een zaak, bekrachtigt, gaat hij na welke oplossing ‘objectief gezien’ – lees in het algemeen belang – de beste zou zijn. Eiser moet instemmen met een ruil omdat dit de meest proportionele oplossing zou zijn. Hij wordt dus *de facto* onteigend. Waar is hier de ‘vrijheid om zijn recht uit te oefenen’? In deze casus werd het eigendomsrecht vervangen door de plicht zich te gedragen op een manier die het meest voordelig is voor het algemeen welzijn.¹²²

53. Uit het voorgaande volgt dat het enigszins tegenstrijdig is om te zeggen dat iemand vrij is om zijn rechten binnen het door het objectief recht geschapen kader uit te oefenen, ‘zolang dit proportioneel gebeurt’. Deze situatie stelde zich vooral heel scherp in de onder randnummer 49 weergegeven zaak van 10 juni 2004. Hier oefende de eiseres inderdaad haar recht volledig conform het objectief recht uit. Er lagen zelfs strafrechtelijk gesanctioneerde wetten voor die haar vordering onderbouwden. Haar rechtsuitoefening werd echter door de rechter aan de kant geschoven omdat het te duur zou zijn voor verweerders om te conformeren aan de vorderingen van de eiseres, en dus ook aan de wettelijke voorschriften. Het mag duidelijk zijn dat hier een zeer groot belang wordt gehecht aan het efficiëntie criterium. De vraag kan worden gesteld of efficiëntie wel de onderliggende ratio is voor de toepassing van rechtsmisbruik. Deze vraag zal in een ander deel van deze verhandeling worden behandeld.¹²³

¹²¹ Artikel 544 BW.

¹²² PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil Français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, 802-803.

¹²³ Zie vanaf randnummer 61.

54. Hierin ligt dus het ware probleem van het rechtsmisbruik. Er moet een juridische verantwoording worden gezocht voor de conceptueel gespannen situatie die het met zich meebrengt ten opzichte van subjectieve rechten. In het Belgisch recht werden hiertoe een aantal pogingen ondernomen. In het volgende deel zullen die worden toegelicht, telkens voorzien van een uitgebreide commentaar.

D. Aangereikte verklaringen

a) Inleiding

55. In de rechtspraak van het Hof van Cassatie worden vaak twee verschillende mogelijke rechtsgronden naar voren geschoven.¹²⁴ Het Hof heeft het enerzijds over artikel 1382 BW als grondslag,¹²⁵ of meer bepaald de algemene zorgvuldigheidsnorm. Anderzijds stelt ze dat het verbod op rechtsmisbruik een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt.¹²⁶ In wat volgt, zal zowel de ene als de andere rechtsgrond kritisch worden onderzocht. Tot slot zal ook een meer recent naar voren geschoven grondslag voor rechtsmisbruik¹²⁷ onder de loep worden genomen. Het gaat hier om de zogenaamde ‘triptiek’ van het rechtsmisbruik. De theorie bestaat uit drie delen: ten eerste mag ervan worden uitgegaan dat de wetgever redelijk is en geen rechten heeft willen verlenen die op onredelijke wijze worden uitgeoefend. Vervolgens is er een algemeen rechtsbeginsel dat die onredelijke rechtsuitoefening verbiedt en ten slotte wordt een remedie gezocht in artikel 1382 BW.

¹²⁴ Zie uitgebreider over de “ambiguïteit” van het Hof op dit vlak: T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 786-790.

¹²⁵ Bijvoorbeeld: Cass. 6 april 1984, *Arr. Cass.* 1984, 1049; *Pas.* 1984, I, 990; Cass. 24 september 1992 *Arr. Cass.* 1991-1992, 1129; zie ook: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, n°250-251, 179-181.

¹²⁶ Cass. 5 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-1984, 836; *Pas.* 1984, I, 768; Cass. 13 april 1984, *Arr. Cass.* 1983-1984, 1084; Cass. 19 oktober 1989, *Arr. Cass.* 1989-1990, 238; *Pas.* 1990, I, 212; *RW* 1989-1990, 1254; Cass. 10 juni 2014, *Arr. Cass.* 2004, 1031; Cass. 22 september 2008, *Arr. Cass.* 2008, 2005; *Pas.* 2008, 1999; *RW* 2010-2011, 1345; Cass. 6 januari 2011, *Pas.* 2011, 44; *Arr. Cass.* 2011, 41; *TBBR* 2012, afl.8, 393; zie ook: J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, 9, n°14.

¹²⁷ J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, 13, n°20.

b) Het foutcriterium, efficiëntie en een algemene zorgvuldigheidsnorm: de geest van artikel 1382 BW

1. Artikel 1382 BW als juridische grondslag.

56. De juridische grondslag voor rechtsmisbruik wordt soms gezocht in artikel 1382 BW zelf.¹²⁸ Deze optie kan eenvoudig worden weerlegd door logisch te redeneren. Hiervoor wordt verwezen naar wat reeds onder randnummer 36 werd gezegd. Kort gezegd komt het hier op neer: artikel 1382 BW houdt in wezen een schadevergoedingsmechanisme in. Het artikel zegt niet meer dan: wanneer er een fout, schade en causaal verband tussen beide is, moet die schade worden vergoed. Het zegt niet waarom het fout is om op deze of gene manier van een recht gebruik te maken. In dat opzicht vindt het rechtsmisbruik eerder zijn remediëring, niet zijn grondslag als dusdanig in artikel 1382 BW.¹²⁹

2. De algemene zorgvuldigheidsnorm als grondslag

i. De idee, enkele bedenkingen

57. Hoewel het wetsartikel op zichzelf niet de juridische grondslag kan vormen, ziet een overwegend deel van de rechtsleer een juridische grondslag in de erin vervatte zorgvuldigheidsnorm.¹³⁰ De formulering die het Hof van Cassatie hanteert sinds het cassatiearrest van 10 september 1971¹³¹ draagt tot deze denkpiste bij. VAN OMMESLAGHE heeft het in dit verband over een pragmatische invulling van het rechtsmisbruik, gebaseerd op het gedrag van de titularis van het recht.¹³²

Het inlassen van het woord ‘kennelijk’ in wat voor het overige een weergave van de algemene zorgvuldigheidsnorm is, zorgde daarbij wel voor enige verwarring. De reden waarom het Hof

¹²⁸ Zie bijvoorbeeld voor een fel voorstander in de rechtsleer voor deze oplossing: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 179-181, n° 249-251; KRINGS kwam na een summier overzicht van de cassatierechtspraak ook tot de conclusie dat de grondslag moet worden gezocht in artikel 1382 BW: E. KRINGS, “Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l’édification du droit”, *JT* 1990, II, 548, n°17.

¹²⁹ F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR*, 1967, 371, n°48.

¹³⁰ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (red.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 49; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, 41, n° 3.3.4.: “La notion de “dépassement manifeste” de l’exercice normal d’un droit, vient-elle simplement s’ajouter comme nouveau critère aux *critères spécifiques* de l’abus? Nous sommes convaincu de la négative. Elle se présente comme un *critère générique de l’abus*, rassemblant sous sa coupe les critères spécifiques mentionnés.”; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 179, n°248; A. DE BOECK, “Rechtsmisbruik” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, 129-130.

¹³¹ Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 31, *Pas.* 1972, 28, *RCJB*, 1976, 300.

¹³² P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 59, n°25.

van Cassatie dit woord inlaste, ligt mijn inziens voor de hand. Waarschijnlijk voelden de raadsheren van het Hof ook de conceptuele spanning aan tussen het stellen van perken aan een in beginsel vrije handeling. Het woord ‘kennelijk’ zou er dan op moeten wijzen dat de rechter niet zomaar de rechtsuitoefening kan verstoren. Enkel wanneer er ernstige redenen voor handen zijn, kan de uitoefening worden beperkt. Dit laatste zou betekenen dat *ieder* normaal en zorgvuldig persoon het erover eens zou zijn dat de rechtsuitoefening ‘kennelijk’ onredelijk is.¹³³ Met deze interpretatie samenhangend, werd in de rechtsleer verder betoogd dat inzake rechtsmisbruik, een bijzondere, verzwaarde vorm van het algemene foutcriterium wordt gehanteerd. In de plaats dat elke lichtste afwijking van de manier waarop een normaal zorgvuldig persoon zich gedraagt, volstaat, zou, om rechtsmisbruik te kunnen aanhouden, een zware afwijking van de zorgvuldigheidsnorm nodig zijn.¹³⁴

58. Deze redeneringen leiden tot het resultaat dat een soort van eigen zorgvuldigheidsnorm zou moeten worden geconcipieerd voor rechtsmisbruik. CORNELIS stelt dat hiermee het probleem nog niet van de baan is. De vraag moet namelijk worden gesteld of er wel een rechtsregel bestaat die gebiedt dat subjectieve rechten op een zorgvuldige manier worden uitgeoefend en wat die zorgvuldigheid dan zou inhouden. Hiervoor kan geen steun worden gevonden in artikel 1382 BW. Enerzijds omdat, zoals boven aangetoond, de zorgvuldigheidsnorm niet volledig overeenstemt met het overkoepelend criterium zoals het wordt gehanteerd door de rechtspraak. Anderzijds omdat het onzorgvuldig uitoefenen van een recht geen voldoende voorwaarde is om het artikel in stelling te kunnen brengen.¹³⁵ CORNELIS stelt hier terecht vast dat het verbod op rechtsmisbruik, zoals door de rechtspraak gecreëerd, zelf de regel vormt waarop de zorgvuldigheidsnorm steunt.¹³⁶ Op de vraag wat nu juist de regel is die de grondslag vormt voor rechtsmisbruik antwoordt de rechtspraak: de

¹³³ Zie in die zin: L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, 55; A. DE BOECK, “Rechtsmisbruik” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, 136-137.

¹³⁴ : K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen” in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, II, Diegem, Kluwer, 1994, 1146-1147; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 74, n°31; A. DE BOECK, “Rechtsmisbruik” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, 129-130.

¹³⁵ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, 50; zie ook: L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 85, n°53: “Uit het voorgaande blijkt dat rechtsmisbruik en foutbegrip geen synoniemen zijn: een gedrag kan als rechtsmisbruik in aanmerking komen zonder dat het foutief is; rechtsmisbruik vergt een marginale controle [...] en ten slotte is vast te stellen dat tussen de toepassingsvoorwaarden van het rechtsmisbruik geen plaats aan de toerekeningsvatbaarheid van de titularis of aan de voorspelbaarheid van schade is voor te behouden.”

¹³⁶ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, 51 en 53.

zorgvuldigheidnorm, gesteund op de regel van het rechtsmisbruik. Een rechtsregel wordt uiteraard niet gelegitimeerd door zichzelf maar knoopt noodzakelijkerwijze altijd aan een andere, hogere norm aan.¹³⁷

59. Tot slot kan nog worden verwezen naar de commentaar die in dit verband onder randnummers 37 tot 38 van deze verhandeling werd gegeven op de betekenis van het woord kennelijk. Daar werd betoogd dat het woord in wezen niets toevoegt aan de bestaande algemene zorgvuldigheidnorm, juist omdat elke rechterlijke controle op basis van die norm op zich reeds een marginale controle inhoudt. Vandaar dat het niet duidelijk is waarin de “nog meer marginale controle” in verband met rechtsmisbruik zou moeten bestaan.

ii. Verwerpen van de zorgvuldigheidnorm als grondslag

60. Uit het voorgaande mag duidelijk zijn dat de zorgvuldigheidnorm als overkoepelend criterium en grondslag voor rechtsmisbruik verwarring scheidt en vragen oproept. Bij de gedachte als zou het een overkoepelend criterium zijn, kunnen bovendien enkele bedenkingen worden geformuleerd. Zoals in deze verhandeling reeds werd aangegeven, werden de verschillende criteria voor rechtsmisbruik gaandeweg ontwikkeld in de rechtspraak. De uitdaging zou nu zijn om die verschillende criteria door één en dezelfde theorie te verklaren en zo te komen tot een overkoepelend criterium.

Ten eerste werd onder randnummer 26 en 27 aangegeven dat de eerste rechtsmisbruikcriteria eenvoudig kunnen worden verklaard door het gegeven dat het hier gaat om het uitoefenen van een recht, zonder dat het door dat recht beschermde belang aanwezig is. Ten tweede kan die redenering niet worden gebruikt om het proportionaliteitscriterium te verklaren. Hiervoor dient dus een andere verklaring te worden gezocht. Deze menen sommigen te moeten zoeken in de zorgvuldigheidnorm.¹³⁸ Ten derde kan worden gesteld dat de zorgvuldigheidnorm op zich het probleem niet oplost. Waarom maakt men misbruik van zijn recht door het niet proportioneel uit te oefenen? Stel dat het antwoord luidt: omdat dat niet strookt met de manier waarop een normaal zorgvuldig persoon zijn recht uitoefent. Dan dringt een andere vraag zich op, namelijk welke regel het onzorgvuldig gebruik van een recht verbiedt. Het

¹³⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, 64.

gegeven dat een onzorgvuldig gebruik zich in veel gevallen laat kenmerken door disproportionaliteit, laat de vraag nog open waarom zulke rechtsuitoefening in onze rechtsorde niet getolereerd mag worden.

Uit deze drie observaties volgt dat de eerste twee criteria van rechtsmisbruik – die neerkomen op een uitoefening zonder belang – de zorgvuldigheidsnorm niet nodig hebben om te kunnen worden verklaard. Wanneer geprobeerd wordt een recht te doen gelden hoewel het door dat recht beschermde belang niet voorhanden is, zou het misbruik uitmaken de aanspraken van de titularis te doen verwezenlijken. Er ontbreekt namelijk een essentieel element van het recht. Het uitoefenen van een recht zonder belang zou eventueel als onzorgvuldig kunnen worden aangemerkt maar de zorgvuldigheidsnorm op zich biedt geen afdoende verklaring voor het probleem van het rechtsmisbruik. Dit blijkt vooral wanneer het probleem wordt scherpgesteld door het aanwenden van het proportionaliteitscriterium.

3. Efficiëntie als ontsluiting voor het rechtsmisbruikbegrip

61. In de rechtsleer werd niet alleen de zorgvuldigheidsnorm naar voren geschoven om op een consistente manier de rechtspraak rond rechtsmisbruik te kunnen verklaren. In zijn artikel “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen”¹³⁹, komt RAES tot het besluit dat een economische *ratio* aan rechtsmisbruik ten grondslag ligt. Het rechtsbeginsel waarop de figuur steunt, dient te verhinderen dat een recht wordt uitgeoefend op een manier die een buitenproportionele welvaartsvermindering of kostenverhoging met zich meebrengt.¹⁴⁰ Volgens deze auteur beantwoordt het door hem naar voren geschoven efficiëntiecriterium aan de aan rechtsbeginselen gestelde vereiste dat ze het positieve recht op consistente en eenvormige wijze uitleggen.¹⁴¹ Het zou op eenvormige wijze de problemen oplossen die ontstaan door een botsing van rechten.¹⁴²

62. Bij de idee dat efficiënte ten grondslag ligt van de figuur van het rechtsmisbruik kunnen drie bedenkingen worden geformuleerd. Ten eerste, hoewel er inderdaad veel rechtspraak kan worden gevonden die zich op een eenvormige wijze door een

¹³⁹ K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen” in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, II, Diegem, Kluwer, 1994, 1129-1162.

¹⁴⁰ K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief.”, 1160.

¹⁴¹ Zie in die zin ook: R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1978, 162.

¹⁴² K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief.”, 1161-1162.

efficiëntie criterium laat verklaren¹⁴³, kunnen er ook voorbeelden van rechtspraak worden gevonden die zich er niet door laten uitleggen.¹⁴⁴ Ten tweede kan er ook een meer rechtstheoretisch bezwaar worden geformuleerd bij het criterium. In zoverre een recht in beginsel vrij wordt uitgeoefend, zou het dus ook op niet efficiënte wijze mogen worden uitgeoefend. Ten slotte, in zoverre het aansprakelijkheidsrecht in ons huidige recht zichzelf efficiëntie tot doel stelt, is de zorgvuldigheidsnorm een uiting daarvan. Zorgvuldig handelen staat dan gelijk aan efficiënt handelen. In die zin zou het criterium van RAES dan gewoon opnieuw neerkomen, gelijk staan aan, de zorgvuldigheidsnorm. Deze drie bedenkingen zullen hieronder verder worden uitgewerkt.

iii. Rechtspraak die zich niet door het efficiëntie criterium laat uitleggen

1e Voorbeeld: Hof van Cassatie 30 januari 2003

63. Een eerste voorbeeld van een uitspraak die zich niet door het efficiëntie criterium laat verklaren is een arrest van het Hof van Cassatie van 30 januari 2003.¹⁴⁵ De feiten waren als volgt. Door een foutieve opzegging (sic.) door de huurder loopt het huurcontract ten einde op 31 maart 1999. Het in het contract voorziene einde was 31 januari 2001. De verhuurder vraagt de uitvoering van de overeenkomst tot die termijn. Het in cassatie bestreden vonnis kende de eis om de termijn uit te doen niet toe. In hoofdorde stelt de rechtbank dat de huur van een goed niet *in natura* kan worden afgedwongen. De huurder zou namelijk niet gedwongen kunnen worden het goed te betrekken – gezien zijn grondwettelijk beschermde persoonlijke vrijheid. Ten overvloede wijzen ze op het feit dat het doorzetten van het recht op de uitvoering *in natura* – eisers beroepen zich hiervoor op artikel 1184, tweede lid BW – door het Hof van Cassatie in gelijksoortige zaken als een rechtsmisbruik werd bestempeld. Dit zou ten eerste zo zijn omdat er een wanverhouding bestaat tussen het nadeel dat de huurder ondervindt van het doorzetten van de huurovereenkomst en het voordeel daarvan voor de verhuurder. In de tweede plaats zou het ook een misbruik uitmaken omdat de

¹⁴³ Zie de reeds voor een groot deel in deze verhandeling geciteerde rechtspraak: Gent, 27 januari 1854, *Pas.*, 1845, II, 233; Cass. 17 mei 2002, *Pas.*, 2002, II, 1169; *Arr. Cass.* 2002, 1306; Cass. 22 september 2008, *Arr. Cass.* 2008, 2005; *Pas.* 2008, 1999; *RW* 2010-2011, 1345; Cass. 10 maart 1983, *Arr. Cass.*, 1982-1983, 847; *Pas.* 1983, I, 756; Cass. 6 april 1984, *Arr. Cass.*, 1983-1984, 1049; Burg. Rb. Mechelen, 4 maart 1975, *RW*, 1975-1976, 437; Cass. 18 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-1987, 1441; *Pas.* 1987, I, 1295; *RW*, 1987-1988, 503; Cass. 30 januari 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992; *Pas.* 1992, I, 475; *RW*, 1993-1994, 203; Burg. Rb. Tongeren, 8 september 1999, *RW*, 2000-2001, I, 205.

¹⁴⁴ Zie randnummer 63 en 64.

¹⁴⁵ Cass. 30 januari 2003, *Pas.*, 2003, I, 227; *Arr. Cass.* 2003, 270.

huurovereenkomst ‘fictief’ is, hij bestaat in feite niet meer wegens de (onrechtmatige) opzegging ervan door de huurder, die daarenboven het pand reeds verlaten had. De eiser in cassatie voert hiertegen aan dat de rechtbank enkel in algemene bewoordingen en verwijzend naar soortgelijke gevallen, poneert dat er sprake is van rechtsmisbruik. De bodemrechter gaat echter niet na of in casu één van de criteria voor rechtsmisbruik vervuld is. Voorts maakt het loutere feit dat de verhuurder gebruik wil maken van het recht hem gegeven door artikel 1184, lid 2 BW, geen rechtsmisbruik uit, aldus de eiser in cassatie. Cassatie oordeelt dat het vonnis met betrekking tot de uitvoering *in natura* niet naar recht verantwoord is. Ze volgen bovendien de eiser in zijn middel met betrekking tot het rechtsmisbruik:

“Attendu qu’il peut y avoir abus de droit lorsqu’un droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant; que, dans l’appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause; Attendu que les juges d’appel n’ont pu, sur la base des énonciations du jugement attaqué reproduites dans le moyen, légalement décider que la demanderesse avait commis un abus de droit en poursuivant l’exécution en nature de la convention de bail litigieuse; [...]”

Conclusie: het Hof van Cassatie gaat ervan dat de uitvoering *in natura* in deze wel mogelijk moet zijn, en dat de huurder dus nog negen maanden huur dient te betalen, zonder dat hij het genot van de zaak heeft – hij heeft het pand namelijk verlaten. Het oordeel van de eerste rechter was in economische zin eleganter te noemen. Nadat hij de uitoefening van het recht uit artikel 1184, lid 2 BW verwierp, schoof hij namelijk de mogelijkheid naar voren gebruik te maken van artikel 1760 BW. Dit artikel voorziet dat in geval van een onrechtmatige verbreking door de huurder, hij de huurprijs moet betalen gedurende de tijd die nodig is om een nieuwe huurder te vinden. In feite zou deze oplossing van het probleem voor de verhuurder op hetzelfde neerkomen. Zijn huurgeld wordt betaald, zij het door de huurder die opzeg gaf, gedurende de termijn nodig voor de wederverhuring, zij het door de uiteindelijke nieuwe huurder. Voor de huurder is de oplossing waaraan het Hof van Cassatie zijn zegen gaf echter veel nadeliger. Hij betaalt namelijk nog negen maanden huur, zonder dat daar iets tegenover staat. Het arrest geeft dus geen uiting aan de meest kostenbesparende, oftewel de

meest economisch verantwoorde wijze van rechtsuitoefening. Hieruit kan worden besloten dat de rechtspraak niet altijd de uitoefening van rechten aan een efficiëntie criterium afmeet.¹⁴⁶

2e Voorbeeld: Hof van Cassatie 13 april 1984

64. Een tweede voorbeeld van een rechterlijke uitspraak die niet voor de meest efficiënte oplossing kiest, is een arrest van het Hof van Cassatie van 13 april 1984.¹⁴⁷ De feiten laten zich als volgt samenvatten. Eiser in cassatie bouwt met miskennen van een conventionele erfdienstbaarheid een timmerbedrijfje op zijn grond. De eigenaars van het heersende erf – een weekendverblijf – vorderen daarop de afbraak van de bedrijfsgebouwen. De rechter in eerste aanleg oordeelde dat het doorzetten van de eis tot afbraak rechtsmisbruik zou uitmaken, omdat: “het eventuele voordeel dat [verweerders] kunnen bekomen, op verre na niet opweegt tegen de belangrijke nadelen die de [eiser] zou moeten ondergaan: het ontruimen en verwijderen van zijn bedrijf, met alle kosten van dien.” De zienswijze van de eerste rechter wordt niet gedeeld door de appelrechter. Deze kent de vordering tot afbraak wel toe omdat de eiser de erfdienstbaarheid doelbewust en met kennis van zaken heeft miskend. De eiser in cassatie voert in zijn middel vooral aan dat de appelrechter niet inging op de wanverhouding die er bestaat tussen het voordeel dat verweerders in cassatie genieten door de afbraak en het nadeel van eisers in cassatie. De eiser wijst erop dat zijn miskennen van de verkavelingakte er nog niet toe leidt dat zijn buur ten opzichte van hem geen rechtsmisbruik meer kan plegen. Nog afgezien van het feit dat volgens de eiser het oogmerk om te schaden duidelijk aanwezig was, wijst de duidelijke wanverhouding tussen voor- en nadeel duidelijk op het rechtsmisbruik karakter van de eis tot afbraak. Cassatie gaat niet in op het argument van de eiser maar stelt eenvoudigweg dat hij een onrechtmatig voordeel verwierf door doelbewust en met kennis van zaken de vergunningsakte te miskennen. Dat hij dat voordeel verliest, zou volgens cassatie aan zijn eigen kwade trouw te wijten zijn. De rechtsuitoefening door de burens kan er dus niet door in het gedrang worden gebracht.

¹⁴⁶ In een arrest van 16 januari 1986 met nagenoeg dezelfde feiten, oordeelde Cassatie dat de bestreden beslissing wel wettig tot rechtsmisbruik kon besluiten. ‘Nagenoeg’ dezelfde feiten, want in het arrest van 1986 betrof het een negenjarige huurovereenkomst waarvan nog maar drie jaar verstreken was bij de onregelmatige opzegging. In het arrest van 2003 was er nog ‘maar’ een jaar te gaan. Het Hof schijnt minder ‘principiële’ te worden naarmate de op het spel staande belangen groter worden. Cass. 16 januari 1986, *Pas.* 1986, 602; *Arr. Cass.* 1985-86, 683

¹⁴⁷ Cass. 13 april 1984, *Arr. Cass.* 1983-1984, 1084; *Pas.* 1984, I, 1023.

Dit arrest kan als volgt worden geïnterpreteerd. Het kan enerzijds worden vastgesteld dat in deze zaak niet op de meest efficiënte manier werd geoordeeld. Aangenomen dat de eiser wel degelijk het recht had om op zijn eigendom te bouwen zoals hij gebouwd heeft,¹⁴⁸ brengt de eis tot afbraak duidelijk meer kosten met zich mee dan het voordeel van de erfdiensbaarheid.¹⁴⁹ Het feit dat het arrest in zijn oordeel niet de meest efficiënte rechtsuitoefening goedkeurde is anderzijds een uiting van en een argument voor de stelling dat efficiëntie niet de ratio is die moet worden gevolgd in de afweging tussen botsende rechten.

Dit arrest zou echter ook kunnen worden gezien als een toepassingsgeval van het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*.¹⁵⁰ Dit beginsel kan worden ingeroepen wanneer een bepaalde handeling wordt gesteld hoewel geweten is dat ze schade zal veroorzaken aan een ander. In deze zaak handelde de eigenaar van het timmerbedrijf met bewuste miskennis van andermans recht, hetgeen het Hof van Cassatie ertoe bracht de rechten die hij ten gevolge van die handeling wil doen gelden – eigendomsrecht over de door hem opgerichte bouwwerken – geen doorgang te laten vinden in de relatie tot zijn buur.¹⁵¹

iv. Rechtstheoretisch bezwaar

65. Voor het formuleren van deze bedenking kan gesteund worden op het concept subjectief recht zoals het geformuleerd werd door DABIN. In zijn betoog in verband met subjectieve rechten onderscheidt DABIN *les droits-fonctions* van *les droits-égoïstes*. Deze laatste definieert hij als een *appartenance-maîtrise*, de heerschappij over hetgeen de rechtstitularis toebehoort. Elk subjectief recht veronderstelt een goed of waarde, door een ‘aanhorigheidsband’ verbonden aan de rechtstitularis. Deze band wordt door het objectief recht erkend op zulke manier dat die rechtstitularis kan stellen dat het goed of de waarde hem

¹⁴⁸ Hoewel zijn bouwwerken niet conform het verkavelingsplan waren, moet toch opgemerkt worden dat de bestendige deputatie (in administratief beroep), de eigenaar van het bedrijfje wel degelijk een bouwvergunning had verleend.

¹⁴⁹ Hoewel hier inderdaad niet op de meest economische wijze werd geoordeeld, moet worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie rekening houdt met het gedrag en de eventuele fout van degene die zich op rechtsmisbruik wil beroepen zie: Cass. 14 november 1997, *Pas.*, 1997, I, 1191; *Arr. Cass.* 1997, 1138; Brussel 10 juni 1965, *Pas.*, 1966, II, 159; Brussel, 16 april 1980, *JT*, 1981, 210; Cass. 15 maart 2002, *Pas.*, I, 731; *Arr. Cass.* 2002, 803; Cass., 25 november 2005, *JT*, 2006, 9; Zie voor rechtsleer die de besproken cassatierechtspraak goedkeurt: P. VAN OMMESLAGHE, “abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, *RCJB*, 1973, 334, n°15.

¹⁵⁰ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 97-98.

¹⁵¹ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, 98-99.

behoort in rechte. Het goed of de waarde waarop het recht betrekking heeft, raakt aan de rechtstitularis, het ‘belang hem aan’.¹⁵² Essentieel in dit begrip van wat een subjectief recht is, is verder de mogelijkheid om vrijelijk over het recht te beschikken.¹⁵³ Dit recht wordt door DABIN als ‘min of meer absoluut’ aanzien. In tegenstelling tot de titularis van een functioneel recht,¹⁵⁴ is de titularis van een *droit égoïste* geenszins verplicht, zelfs niet moreel, om zijn recht op een economisch of sociaal nuttige manier te gebruiken. Hij oordeelt zelf over de ‘nuttigheidsgraad’ van zijn handelingen en het is hem geoorloofd zich daarbij te vergissen. Inderdaad, het is niet omdat een recht uiting geeft aan een bepaald belang, dat het enkel middels dat belang kan worden uitgeoefend, dit wil zeggen, op productieve wijze. Hetgeen bepalend is voor het bestaan van het recht, is de vraag of de rechtstitularis meester is over dat belang en bijgevolg ook over het gebruik dat hij er al dan niet van maakt. Voor het overige doet het er niet toe of een oneconomisch gebruik schade veroorzaakt aan een ander. Dit is op zich nog geen immorele daad.¹⁵⁵ Ook op juridisch vlak moet worden vastgesteld dat niet elke handeling die schade, en dus kosten, met zich meebrengt, per se onrechtmatig is.¹⁵⁶

v. De zorgvuldigheidsnorm duikt weer op

66. De zorgvuldigheidsnorm, gezien in het kader van artikel 1382 BW, kan worden beschouwd als een maatstaf waaraan schadeverwekkend gedrag wordt gemeten. Indien dat gedrag volgens die maatstaf een fout uitmaakt en er bovendien een causaal verband is tussen die fout en de schade, dient de schade te worden vergoed. De maatstaf die nu wordt gehanteerd, is die van de normaal, zorgvuldig en vooruitziend persoon, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden. Kort gezegd gaat de rechter die een bepaald gedrag dient te beoordelen na of de persoon in kwestie zich redelijk gedragen heeft. Die ‘redelijkheid’ kan op verschillende manieren worden ingevuld. Een van de manieren waarop het begrip kan worden ingevuld, is door het te bekijken door de bril van de efficiëntie. Hierbij worden enerzijds de kosten voor het nemen van voorzorgen om schade te voorkomen, afgewogen tegen de kosten

¹⁵² J. DABIN, *le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, 80-81.

¹⁵³ J. DABIN, *le droit subjectif*, 87 ev.

¹⁵⁴ Dit is een recht, slechts verleend door de wetgever in functie van een welbepaald doel. De rechten waarover de titularis discretionair kan beschikken zouden niet het voorwerp kunnen uitmaken van een intentieonderzoek door de rechter daar waar de functionele rechten steeds nauw verbonden zijn met een sociaal, economisch of zelfs moreel doel waarvoor ze in het leven zijn geroepen. Hun gebruik voor andere doeleinden zou dan een “machtsafwijking van private bevoegdheden” betekenen. zie P. VAN OMMESLAGHE, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à loi”, *RCJB*, 1976, n°6, 316.

¹⁵⁵ J. DABIN, *le droit subjectif*, 296.

¹⁵⁶ J. DABIN, *le droit subjectif*, 284-285.

van de schade zelf. Het optimum tussen beide wordt dan gezien als zijnde redelijk. Op dat punt moet het gedrag van de normaal, zorgvuldig en vooruitziende persoon worden gezocht.¹⁵⁷

Het efficiëntie criterium dat door RAES wordt onderschreven, komt erop neer dat bij de rechtsuitoefening niet enkel rekening dient te worden gehouden met het eigenbelang – conceptueel gezien nochtans wel een kenmerk van een subjectief recht – maar dat hierbij ook rekening moet worden gehouden met de belangen van anderen. De afweging tussen deze beide belangen bij het uitoefenen van een recht hangt dan af van wat de minst kostenveroorzakende handeling is. Net zoals bij de zorgvuldigheidsnorm worden via een efficiëntie criterium dus de belangen van anderen binnengetrokken in de beoordeling van welke handeling al dan niet redelijk is, tegen welke handeling al dan niet een remedie is toegelaten.

67. Hoewel RAES dus stelt dat niet de zorgvuldigheidsnorm de grondslag vormt voor rechtsmisbruik maar wel een algemeen rechtsbeginsel op grond van efficiëntieoverwegingen,¹⁵⁸ schijnt er weinig verschil te zijn tussen beide.

c) De rechtsmisbruik leer als een ‘drieluik’: kritisch bekeken

68. In recente rechtsleer werd door VELAERS gepoogd een omvattende oplossing aan te reiken voor het probleem van de figuur van rechtsmisbruik.¹⁵⁹ Deze auteur gaat mee in de kritiek van de rechtsgeleerde PLANIOL als zou ‘rechtsmisbruik’ een contradictie *in terminis* zijn. Immers: “het recht eindigt waar het misbruik begint”.¹⁶⁰ Om deze vermeende contradictie uit de wereld te helpen stelt VELAERS de leer van het rechtsmisbruik voor als een drieluik.

Een eerste luik wordt gevormd door de “restrictieve interpretatie van de wet”. Volgens hem zou het namelijk beter zijn om te spreken over “misbruik van objectief recht”. Hiermee bedoelt hij dat de rechtstitularis enkel voortgaat op de “expliciete formele grenzen” die de wettekst aan zijn subjectief recht stelt, zonder rekening te houden met de “impliciete materiële

¹⁵⁷ Zie voor een inleidend werk: B.C.J. VAN VELTHOVEN en P.W. VAN WIJCK (eds.), *Recht en efficiëntie, een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer, 1997, 148-159.

¹⁵⁸ Zie boven randnummer 61.

¹⁵⁹ J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 12-13, n°18-20.

¹⁶⁰ J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, 11-12, n°17.

grenzen” die nochtans ook in dat recht besloten liggen. Onmiddellijk rijst de vraag: hoe worden die “impliciete materiële grenzen” gesteld? Volgens VELAERS alleszins niet door een algemeen rechtsbeginsel, die kunnen immers niet tegen de wet ingaan. De restrictieve interpretatie vloeit voort uit het vermoeden dat de wetgever redelijk is en aldus “niet de bedoeling had een recht toe te kennen dat door elk redelijk mens als onredelijk zou worden beschouwd”.¹⁶¹ Daaruit volgt dat wanneer de rechtstittularis die interne, op de redelijkheid van de wetgever gestoelde grens, overschrijdt, hij zonder recht handelt. Hij stelt dan een loutere feitelijke handeling. Die handeling wordt verboden door het tweede luik, namelijk het algemeen rechtsbeginsel dat een verbod op rechtsmisbruik inhoudt. De sluitsteen van het drieluik is ten slotte artikel 1382 BW, dat de verboden handeling dient te sanctioneren.¹⁶²

69. Eén zwak punt springt direct in het oog wanneer deze redenering wordt gevolgd. Het is van dien aard dat ook de rest van het ‘drieluik’ dichtklapt wanneer het onderuit wordt gehaald. Het gaat om ‘het vermoeden van redelijkheid van de wetgever’. Dit zogenaamde vermoeden is de stapsteen voor de rest van de triptiek. Er kunnen echter een aantal vragen bij worden gesteld.

Ten eerste, is het nog altijd niet duidelijk of er wel een rechtsregel bestaat die aan rechtstittularissen verbiedt om hun recht te gebruiken op een manier die kennelijk onredelijk is.¹⁶³ VELAERS zegt nu hetzelfde maar draait de vraag gewoon om. Hij vraagt zich namelijk niet af of er wel zulk een rechtsregel bestaat, maar wel of er iets op tegen is dat er zo een regel zou bestaan. “Mag men ervan uitgaan dat de wetgever, die mag verondersteld worden redelijk te zijn, de bedoeling had om het kennelijk onredelijk uitoefenen van het subjectief recht mogelijk te maken? [...]. Neen, dat mag men niet.”¹⁶⁴ Uit de aanname dat iets wenselijk is, volgt nog niet dat het ook bestaat. Bovendien laat hij de vraag open wat dan onder redelijkheid zou moeten worden verstaan. En zelfs al zou dit begrip kunnen worden ingevuld, is het nog maar de vraag of de wetgever zijn notie van redelijkheid zomaar aan de rechtsonderhorigen kan opdringen.

¹⁶¹ Dit zou de betekenis zijn van het woord “kennelijk” dat door de cassatierechtspraak wordt aangehaald: J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, n°19, 13.

¹⁶² Voor misbruik van contractuele rechten zou dit artikel 1134, derde lid BW zijn: L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 91 e.v.

¹⁶³ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, 50.

¹⁶⁴ J. VELAERS, *ibid.*

Ten tweede wordt hier geponeerd dat het een algemeen principe is van het recht dat de wetgever redelijk zou zijn. Het is natuurlijk nog maar de vraag of de wetgever wel redelijk genoemd kan worden. Het politiek besluitvormingsproces laat zich kenmerken door het sluiten van compromissen tussen verschillende belangengroepen, eerder dan het zich laat leiden door een soort van onbekommerde, onpartijdige rede. Daarnaast is de wet, hoewel de hiërarchisch hoogste, in ons rechtssysteem niet de enige bron van recht. Zo kunnen bijvoorbeeld ook de rechtspraak of zelfs de gewoonte, bronnen van recht zijn. Geldt hier eenzelfde principe?

Ten slotte dient de wet inderdaad strikt geïnterpreteerd te worden. Het is, mijn inziens, althans niet de bedoeling dat er voorwaarden worden toegevoegd aan de tekst van de wet die de toepassing daarvan zouden kunnen tegengaan. Zoals wordt geschreven in het reeds geciteerde artikel van RAES, valt een rechtsregel samen met de tekst die hem verwoordt.¹⁶⁵ Daaruit volgt dat de voorwaarden die de wet *letterlijk* stelt, via de techniek van subsumptie op een voorliggend geval moeten worden toegepast, om de gelding en het bereik van de regel *in concreto* te bepalen. De “impliciete materiële grenzen” zijn niet meer dan extra, niet in de wet voorziene, voorwaarden die VELAERS zonder enige legale grond toevoegt aan de tekst van de wet.

Vanuit het zelfverklaarde dogma van de redelijke wetgever worden echter vrij verregaande conclusies getrokken. Hierboven werd reeds geargumenteed dat rechtsmisbruik ervoor zorgt dat een in principe, volgens het objectieve recht perfect geldige rechtsuitoefening, wordt tegengehouden. Er zal dus een vastere, meer positiefrechtelijke norm moeten worden gezocht om de figuur van het rechtsmisbruik op te bouwen.

d) De moraal als basis voor een algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt?

1. De moraal als diepere grondslag voor het rechtsmisbruik

70. Zoals in deze verhandeling reeds meermaals werd geschreven, kan de paradox van het rechtsmisbruik als volgt worden samengevat: *het recht kent een recht toe*, de titularis van dat recht oefent het uit binnen de door het recht gestelde grenzen, toch wordt die rechtsuitoefening door de figuur van het rechtsmisbruik aan banden gelegd. Dit schijnbaar

¹⁶⁵ K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief”, 1140-1141.

paradoxaal spanningsveld tussen verschillende normen binnen de juridische orde, heeft er sommigen toe geleid de grondslag voor rechtsmisbruik te zoeken buiten het juridisch normenkader. Meer bepaald in het ethische normengeheel, de moraal.

71. Als duidelijke voorstander in het Belgische recht voor deze oplossing kan DE BERSAQUES worden aangehaald. Hij stelt dat de moraliteit elke overdreven egoïstische rechtsuitoefening veroordeelt. Bij het aanwenden van zijn prerogatieven dient een rechtstitularis volgens de vereisten van de moraal om te kijken naar anderen. De auteur besluit: “Le critère de l’abus de droit serait donc de nature morale et consisterait dans un “manquement, par mépris ou insouciance coupable, aux devoirs envers le prochain”.”¹⁶⁶

72. Een andere auteur die kan worden aangehaald als voorvechter van deze stelling is DABIN. De idee dat voor de verantwoording van rechtsmisbruik een norm buiten de juridische orde moet worden gezocht, geeft deze auteur als volgt weer: “Le ‘droit tout entier’ dont il est fait état ne peut pas être cette juricité¹⁶⁷, ce corps de règles sociales obligatoires qui consacre tel droit déterminé, car ce serait la contradiction entre le droit subjectif et le droit objectif qui le fonde. Le droit ‘tout entier’, au nom duquel le titulaire de tel droit déterminé peut être blâmé, est nécessairement une norme d’une autre espèce que celle de la juricité, une norme concurrente et, à certains égards, régulatrice de la première. En effet il existe une légitimité autre que la légitimité juridique (ou juricité): la légitimité morale.”¹⁶⁸

DABIN beroept zich hier met andere woorden niet op een juridische maar wel op een morele legitimiteit.¹⁶⁹ Het gebruik van een recht verwordt volgens hem tot een misbruik wanneer het tegen de moraal in wordt gebruikt. In de moraal alleen kan het rechtsmisbruik zijn grondslag en enige criterium vinden. De theorie van het rechtsmisbruik staat voor een correctie van de moraal op het recht.¹⁷⁰ Op die manier zou het immoreel zijn om zijn recht te gebruiken, hoewel op een juridisch-technisch sluitende wijze, met enkel zichzelf in gedachten, zonder

¹⁶⁶ A. DE BERSAQUES, “L’abus de droit”, *RCJB* 1953, 282, n°17.

¹⁶⁷ DABIN gebruikt hier het woord *juricité*, het betreft een neologisme dat afkomstig zou zijn van EDMOND PICARD. Het zou slaan op het geheel van rechten in het universum, het is een overkoepelend begrip voor de vier rechtsuitingen die PICARD onderscheidt. Er bestaat niet echt een goede Nederlandstalige equivalent voor; zie B. COPPEIN, *Edmond Picard (1836-1924), actor en getuige van een veranderend Belgisch rechtsdenken in Europees perspectief aan het einde van de negentiende eeuw*, onuitg., doctoraatssthesis Rechten K.U. Leuven, 2010, 103.

¹⁶⁸ J. DABIN, *le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, 294.

¹⁶⁹ J. DABIN, *ibid.*

¹⁷⁰ J. DABIN, *le droit subjectif*, 295.

om te kijken naar een ander. Rechten moeten op een beschaafde manier worden uitgeoefend in een geest van sociale menselijkheid, met respect voor degenen die rechtstreeks of onrechtstreeks door die uitoefening getroffen worden.¹⁷¹ Op welke manier en in welke mate deze beschaafde manieren en dit respect zich moeten uiten, blijft DABIN iets vager. De rechter zal volgens hem in zijn oordeel rekening moeten houden met de moraal van eerlijke, nette mensen. Hetgeen voor DABIN een voldoende garantie is om te strenge of te ruime interpretaties tegen te gaan.¹⁷²

2. Kritiek op de moraal als grondslag

73. De vraag die nu voor ons ligt is of er een algemeen rechtsbeginsel kan worden gezocht dat rechtsmisbruik verbiedt en dat zijn grondslag vindt in de moraal.

74. Het recht is een gesloten normatief geheel.¹⁷³ De moraal is geen bron van recht.¹⁷⁴ Dit zijn twee stellingen die werden geïnspireerd door het rechtspositivisme oftewel de *reine Rechtslehre* van de Oostenrijkse rechtsgeleerde KELSEN.¹⁷⁵ Zowel de moraal als het recht kunnen worden gezien als een normengeheel. Dat wil zeggen dat ze een eenheid vormen omdat alle normen binnen het systeem zijn terug te voeren op één grondnorm. Elke norm binnen het geheel ontleent zijn gelding aan de ene grondnorm.¹⁷⁶ De grondnorm binnen het normatief geheel van de moraal verschilt van die binnen het normatief geheel van het recht.

De normen binnen het morele normengeheel ontlene hun gelding aan een grondnorm die door zijn inhoud gelding heeft. De grondnorm heeft een inherente kwaliteit die zich als ‘waarheid’ laat duiden. De norm heeft een materieel- statisch karakter. Dat wil zeggen dat alle normen van het systeem reeds in de grondnorm besloten liggen, via deductie kunnen de bijzondere normen dan uit de algemene logisch worden afgeleid.¹⁷⁷

De normen binnen het systeem van het recht ontlene hun gelding niet aan het feit dat ze inhoudelijk overeenstemmen met de grondnorm. Een rechtsnorm is niet ongeldig omdat hij

¹⁷¹ J. DABIN, *le droit subjectif*, 297-298.

¹⁷² J. DABIN, *le droit subjectif*, 298.

¹⁷³ K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief”, 1131-1132.

¹⁷⁴ J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 7, n°11: “[...] het schenden van de moraal is voor het Hof van Cassatie geen cassatiegrond.”

¹⁷⁵ Zie: H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, 236 blz.

¹⁷⁶ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 62.

¹⁷⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 63.

bijvoorbeeld niet in overeenstemming is met de moraal.¹⁷⁸ KELSEN schrijft: “Das Recht gilt nur als positives Recht, das heißt: als gesetztes Recht. In dieser Notwendigkeit des Gesetz-Seins und der darin gelegenen Unabhängigkeit seiner Geltung von der Moral und von ihr gleichartigen Normensystemen besteht die Positivität des Rechts; [...]”.¹⁷⁹ De grondnorm van een rechtssysteem is vandaar een norm die zegt hoe de andere normen dienen te ontstaan. Inhoudelijk kunnen de bijzondere normen niet worden gededuceerd uit de algemene norm. Ze moeten door een bepaalde *Setzungsakt* in het leven worden geroepen. Het gaat hier evengoed om een rechterlijke als om een wetgevende handeling, als om de gewoonte als rechtsbron.¹⁸⁰ De ene norm ontstaat dus doordat hij aanknoopt bij een andere norm, tot ten slotte aan de top van de piramide de grondnorm wordt bereikt die alle andere, niet inhoudelijk, maar wel formeel legitimeert.¹⁸¹

75. Uit het voorgaande volgt dat als er een algemeen rechtsbeginsel zou bestaan dat rechtsmisbruik verbiedt, het enkel gelding kan hebben binnen de juridische orde wanneer het op een formeel correcte manier is ontstaan. Dit wil zeggen wanneer het aanknoopt aan een andere rechtsregel en uitiem overeenkomstig de grondnorm in het leven werd geroepen.¹⁸² Enkel wanneer de norm op die manier geldend is, kan de rechter zijn beslissing om in een specifiek geval rechtsmisbruik aan te houden, legitimeren. De rechter zoekt enkel naar de juridisch juiste beslissing. Hij houdt zich enkel ledig met de juridische aspecten van de zaak. Vandaar dat een algemeen rechtsbeginsel in de eerste plaats een juridisch afdwingbare norm dient te zijn. Of het ook om een ethisch beginsel gaat, is een vraag die aan de hand van het morele normengeheel dient te worden beantwoord.¹⁸³

76. Er kan dan ook worden besloten dat de grondslag van het rechtsmisbruik moet worden gezocht binnen het juridisch normatief kader, wil het juridisch afdwingbaar kunnen zijn. Als we redeneren vanuit de door KELSEN ontwikkelde *reine Rechtslehre*, dan zou de rechter enkel een moreel oordeel kunnen vellen wanneer het juridisch normengeheel volledig samenvalt met een moreel normengeheel. Dat zou betekenen dat elke juridische norm ook op

¹⁷⁸ H. KELSEN, *ibid.*

¹⁷⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 64.

¹⁸⁰ H. KELSEN, *ibid.*

¹⁸¹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 65.

¹⁸² Zie in verband met de bindende kracht van een algemeen rechtsbeginsel: W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel veertig jaar later. Privaat- en Publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, 127.

¹⁸³ Zie in die zin: K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief”, 1145.

een morele grondnorm valt terug te brengen. Juist omdat onze samenleving geen eenheidsmoraal kent, integendeel uitgaat van een veelheid aan morele en levensbeschouwelijke opvattingen, is het recht gescheiden van de moraal.¹⁸⁴

3. Intermezzo: een illustratie bij de theorie uit de rechtspraak

i. Hof van Beroep 16 juni 1971

77. Bij wijze van *excursus* is het interessant om het arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 16 juni 1971 te bekijken.¹⁸⁵ Deze zaak is interessant omdat hier het vraagstuk van het rechtsmisbruik rechtstreeks in verband wordt gebracht met vermeende morele plichten. De rechters en raadsheren in deze zaak dienden dus op het scherpst van de snede tussen moraliteit en recht te oordelen. De feiten van deze zaak laten zich zeer eenvoudig als volgt omschrijven. Dhr. Ernest Derumeaux veroorzaakte onopzettelijk de dood van zijn schoondochter. Zijn zoon, Dhr. Antoon Derumeaux vordert daarop van zijn vader een morele schadevergoeding uit eigen hoofde en uit hoofde van zijn kinderen. In eerste aanleg wordt de vader veroordeeld tot het betalen van een geldsom. Hij stelt hoger beroep in bij het Hof van Beroep te Gent. Voor dit Hof voert de vader aan dat de vordering tot schadevergoeding rechtsmisbruik uitmaakt. Hiervoor voert hij aan dat zijn zoon, door geen rekening te houden met de smart die zijn vader zelf ondervond door het ongeval, tekort komt aan eerbied en ontzag door hem aan zijn ouders verschuldigd. Daarnaast stelt hij ook dat de ‘volledige fusie en solidariteit’ tussen ouders en kinderen op moreel gebied elke rechtskrenking met een vordering tot schadeherstel tot gevolg, uitsluit. Door aldus aan zijn morele plichten te verzaken, zou de zoon rechtsmisbruik plegen. De vader werd ook in hoger beroep veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding, hoewel die minder hoog werd begroot dan de eerste. Er wordt een cassatieberoep ingesteld. Cassatie oordeelt dat het Hof van Beroep te Gent door te stellen dat

¹⁸⁴ K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief”, 1140. Het past hier om ook te verwijzen naar G. RIPERT, *la règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1949, 22-23, n°13; hoewel de auteur nadien zijn stelling enigszins nuanceert, geeft hij de gedachte dat recht en moraal in een moderne samenleving gescheiden zijn, toch zuiver als volgt weer: “Si pendant longtemps l’unité de la foi a permis de vivifier le droit par l’idée religieuse, si, après la disparition de cette unité, on a continué à croire que la raison humaine impose des règles de droit naturel universelles et immuables, en notre siècle de pensée libre on ne peut faire état d’une unanimité dans la croyance. Dès lors la condition de la liberté politique est la séparation de l’ordre juridique et de la conception religieuse ou morale du monde afin que chaque sujet de droit puisse obéir à la règle sans engager sa conscience. Les gouvernants doivent faire respecter la règle qu’ils ont portée; ils affirment leur souveraineté en exerçant leur autorité. La règle juridique se souvient par sa seule force; il n’y a pas à se demander si elle est conforme au droit naturel ou à la morale.”

¹⁸⁵ Brussel, 16 juni 1971, *RW*, 1972-1973, 862.

“iedere rechtmatige belangenkrenking rechtsgrond kan zijn van herstelvergoeding tegenover de derde aansprakelijke”, onvoldoende antwoordt op de hierboven geparafraseerde conclusie van de vader.¹⁸⁶ De uitspraak wordt verbroken en de zaak wordt verwezen naar het hof van beroep te Brussel. De vader voert opnieuw aan dat door het stellen van een vordering tot morele schadevergoeding het belang geschaad wordt van de eerbied en de genegenheid van een zoon ten opzichte van zijn vader. Verder zouden aldus de familiale belangen van solidariteit, onderlinge genegenheid en belangenfusie worden geschaad. Hierdoor heeft de vordering volgens de vader een immoreel en dus onwettig karakter. Het hof van beroep stelt in dit verband dat het positieve recht juist talrijke vorderingen tussen familieleden toestaat maar anderzijds minder houvast biedt om de samenhang, onderlinge genegenheid en eerbied af te dwingen. Hoewel familieleden, volgens het Hof, vaak afzien van vorderingen tegen elkaar, uit sympathie, “[betekent zulks echter niet] dat indien zij hun rechten toch zouden uitoefenen zij zodoende een immorele daad zouden stellen of een misbruik zouden begaan, hoezeer hun houding andere familieleden ook moge bedroeven of in verlegenheid brengen”. Merk op, in deze schijnt het Hof sterk rekening te houden met het feit dat vader verzekerd is en dus niet in financiële moeilijkheden zou komen door de te betalen schadevergoeding. Het Hof oordeelt dat “de burgerlijke partij”¹⁸⁷ door haar recht uit te oefenen noch immoreel handelt, noch een misbruik van recht begaat, noch te kort schiet aan deferentie.” Tegen dit arrest werd cassatie aangetekend door de vader. Vader voert opnieuw aan dat er sprake is van rechtsmisbruik omdat de zoon geen acht slaat op zijn morele plichten, noch op de gevoelens van zijn vader. Cassatie oordeelt¹⁸⁸ dat de vordering bedoeld is om een moreel leed te lenigen, het gaat dus om compensatie, geen private straf. Daardoor zouden de gevoelens van vader niet kunnen worden gekwetst, noch het eerbied, noch het ontzag worden aangetast.

ii. Evaluatie

78. Vermocht de rechter – het gaat hier specifiek om de raadsheren in het Hof van Beroep te Antwerpen – in deze zaak wel te oordelen zoals hij geoordeeld heeft? Laat ons de argumenten van de vader belichten. Volgens de analyse die RAES maakte in verband met de

¹⁸⁶ Cass. 11 mei 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 840.

¹⁸⁷ In casu dus de zoon uit eigen hoofde en qualitate qua.

¹⁸⁸ Cass. 10 oktober 1972, *Arr. Cass.* 1973, 146; *RW*, 1972, 718.

verschillende soorten moraliteit,¹⁸⁹ is het ten eerste al niet zeker dat het hier gaat om een publieke moraal. Slechts in zoverre dat intra familiale banden ook een weerslag hebben op de maatschappij daarbuiten, kan men hier gewag maken van een openbare moraal. Ten tweede beroept de vader zich sterk op het morele perspectief. De kwestie aan de orde is er geen met betrekking tot de deugd of het goede leven – met andere woorden het evaluatieve perspectief. Het gaat daarentegen om zaken als rechtvaardigheid – wat is een zoon verschuldigd aan zijn vader? – en respect. De argumenten van de vader worden niet zozeer op zijn persoon betrokken. Hij heeft het over morele plichten eigen aan elke vader-zoon relatie. We kunnen dus concluderen dat hier wordt verwezen naar het publieke en morele aspect. Dit zou volgens RAES de enige soort moraal zijn waarnaar in het recht zou verwezen kunnen worden.¹⁹⁰ De argumentatie van de vader ontwikkelt zich echter niet verder in de richting van een concrete, afdwingbare rechtsnorm die de door hem aangehaalde morele plichten ook verzilverd als rechtsbeginsel. Net zoals DABIN besluit hij uit de vermeende immoraliteit van een handeling, onmiddellijk de in rechte sanctioneerbaarheid van die handeling. In dat opzicht maakt het Hof van Beroep een correcte analyse door op zoek te gaan in het positieve recht naar een juridische steun voor de morele aanspraken van de vader. Na aldus een blik te hebben geworpen op het recht, besluiten ze dat er geen afdwingbare norm voorhanden is die de aanspraken zou kunnen staven **en dus** dat de vordering van de zoon niet immoreel is. Door aldus te oordelen halen de rechters naar onze mening de ethische en de juridische deliberatie door elkaar. Het juridische is maar één aspect van een omvattende ethische deliberatie. Vanuit ethisch perspectief – en hoewel de rechter uiteraard vanuit het juridische dient te oordelen, doen de bewoordingen van het arrest uitschijnen dat de moraliteit van de handeling wordt beoordeeld – hangt de moraliteit van een daad niet af van zijn afdwingbaarheid in rechte. In casu heeft de zoon vanuit het juridisch perspectief een afdwingbaar recht. De rechter dient hier een juridisch oordeel te vellen. Dit wil zeggen dat zolang er geen rechtsnorm de ethische bezwaren van vader concretiseert en afdwingbaar maakt, de rechter niet bij machte is om het recht van de zoon aan de kant te schuiven. Deze zaak illustreert dus zeer goed dat rechtsmisbruik niet rechtstreeks op ethische overwegingen kan gestoeld zijn, en juist omdat zij veel omvattender zijn dan algemene rechtsbeginselen.

¹⁸⁹ K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief”, 1142.

¹⁹⁰ K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief”, 1143.

E. Tussenconclusie

79. Er kunnen duidelijk een aantal vragen worden gesteld bij elk van de voorgestelde opties om rechtsmisbruik te funderen.

Ten eerste kan worden gesteld dat artikel 1382 BW geen aanknopingspunt biedt omdat er eerder de remedie dan het verbod in moet worden gezocht.

Ten tweede, samenhangend met het eerste punt, volstaat ook de algemene zorgvuldigheidsnorm niet omdat het *an sich* een bepaalde rechtsuitoefening niet verbiedt. Het is eerder een maatstaf om een bepaald gedrag aan af te meten.

Ten derde kan ook een economische *ratio* of efficiëntie criterium geen soelaas bieden. Om te beginnen omdat het criterium niet altijd schijnt te worden gevolgd in de rechtspraak. Vervolgens omdat niet altijd kan worden verwacht van een rechtstutularis dat hij zijn subjectieve rechten steeds efficiënt uitoefent. Ten slotte omdat het niet wezenlijk verschilt van de zorgvuldigheidsnorm.

Ten vierde kan rechtsmisbruik ook niet steunen op morele overwegingen omdat ethische en juridische principes op een onderscheiden manier worden gelegitimeerd. Het recht is dus van de moraal gescheiden. De rechter kan vandaar enkel oordelen op basis van juridische beginselen.

80. Het onder randnummer vijf gestelde en onder de randnummers 50 tot 54 scherpgestelde probleem, schijnt in het huidige recht dus nog steeds geen afdoende oplossing te hebben gevonden.

IV. Subjectieve rechten conceptueel doorgelicht

A. Inleiding

81. In deze verhandeling kwam al geregeld naar boven dat het probleem van rechtsmisbruik uit zijn aard onlosmakelijk verbonden is met het concept subjectief recht. De manier waarop dit concept wordt ingevuld is bepalend voor de vraag vanaf wanneer er misbruik van gemaakt kan worden. Het is de bedoeling om in dit deel een aantal mogelijke manieren van invulling weer te geven. Telkens volgt ook een korte beschouwing over wat de besproken concepten mogelijks zouden kunnen betekenen voor het rechtsmisbruik. Om te

beginnen zullen twee Franse auteurs, JOSSERAND en RIPERT, tegen elkaar worden afgezet. Vervolgens wordt summier de discussie weergegeven die in de negentiende eeuwse Duitse rechtsleer woedde met betrekking tot de aard van een subjectief recht. Tot slot wordt nog een blik over het kanaal geworpen om na te gaan hoe in het recht van het Verenigd Koninkrijk wordt omgegaan met als overdreven ervaren rechtsuitoefeningen.

B. De franse rechtsleer aan het begin van de vorige eeuw: JOSSERAND vs. RIPERT

a) De theorie van JOSSERAND

1. *L'esprit des droits*

82. De Franse rechtsgeleerde JOSSERAND schoof in zijn verhandeling *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'Abus des droits*¹⁹¹ het concept naar voren van subjectieve rechten als *les droits fonctions*, verder vertaald als functionele rechten. De kerngedachte is dat rechten niet alleen sociaal zijn van oorsprong maar ook naar hun doel.¹⁹² Rechten zouden geen absolute prerogatieven zijn. Een rechtstitularis zou met het uitoefenen van zijn recht eigen belangen mogen nastreven maar op voorwaarde dat deze niet in tegenspraak zijn met de vitale belangen van de samenleving, waarvan hij zelf slechts één onderdeel uitmaakt. Anders zou hij de publieke instellingen verraden die hem het prerogatief verleenden met een bepaald doel.¹⁹³ Samengevat: “l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité.”¹⁹⁴

2. Indeling van subjectieve rechten

83. In het kader van deze theorie deelt JOSSERAND zijn functionele rechten vervolgens onder in drie types: (1) *les droits non causé*; (2) rechten met een egoïstische inslag; (3) rechten met een altruïstische inslag.

De eerste soort rechten zou voor om het even welk doel kunnen worden aangewend eens ze werden toegekend. De titularis kan voor zijn rechtsuitoefening niet ter verantwoording

¹⁹¹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'Abus des droits*, Parijs, Dalloz, 1927, 426 p. (hierna afgekort: L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*)

¹⁹² L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 300, n°237; “Toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir” (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 369, n°292.)

¹⁹³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 301-302, n°237.

¹⁹⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 369-370, n° 292.

worden geroepen, ook al had hij de bedoeling anderen te schaden. Vandaar dat het objectief recht bij het verlenen van deze rechten reeds strikte grenzen stelt.¹⁹⁵ JOSSERAND geeft het verouderde voorbeeld van het recht van ascendenten om het huwelijk van hun descendenten te verbieden¹⁹⁶ of nog het recht om onder bepaalde omstandigheden een muur gemeen te maken, het recht binnen de grenzen van de wettelijke reserve kinderen te onterven, enz.

De tweede soort rechten staan, anders dan hun benaming zou doen vermoeden, in de theorie van JOSSERAND, niet volledig vrij ter beschikking van hun titularis. Het gaat hier over *des droits causés*, met andere woorden, een recht dat werd toegekend met het verwezenlijken van een bepaald maatschappelijk doel voor ogen.¹⁹⁷ Deze categorie van rechten wordt weliswaar uitgeoefend in het eigenbelang van de titularis, dat staat er niet aan in de weg dat ook een breder, algemeen belang wordt behartigd. De individuele prerogatieven, zoals JOSSERAND, ze noemt, staan ten dienste van het algemeen belang. Ze zijn geen doel op zich maar worden eerder ter beschikking gesteld als middel.¹⁹⁸ De niet functionele uitoefening van deze rechten zou volgens de auteur aan het licht kunnen worden gebracht door een oneconomische aanwending ervan.¹⁹⁹

De derde soort rechten zijn eerder loutere bevoegdheden dan rechten te noemen. Dit omdat ze niet bedoeld zijn om het eigenbelang van de titularis te dienen, ze werden verleend om andermans belang te dienen. Van zodra ze worden uitgeoefend vanuit egoïstische motieven, ligt rechtsmisbruik voort. Als voorbeeld haalt JOSSERAND alle soorten familiale bevoegdheden aan, bijvoorbeeld het ouderlijk gezag dat in het belang van de kinderen dient te worden uitgeoefend.²⁰⁰

¹⁹⁵ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 389, n°306.

¹⁹⁶ Het gaat hier over het oud artikel 179 BW, wanneer een verzet tegen het huwelijk wordt afgewezen konden ascendenten niet tot schadevergoeding worden veroordeeld. In een cassatiearrest van 14 oktober 1977 (Cass. 14 oktober 1977, *Arr. Cass.* 1978, I, 210; *Pas.* 1978, I, 197) werd nog geoordeeld dat het uitoefenen van het recht tot verzet door een ascendant inderdaad geen rechtsmisbruik uitmaakt. Er kan ook rechtspraak worden gevonden die in andere in oordeelt, zie bijvoorbeeld: Vred.ger. Meneen 12 december 1979, *RW* 1979-1980, 2727. Uiteindelijk werd het artikel in 2009 opgeheven.

¹⁹⁷ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 392, n°308.

¹⁹⁸ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 369-370, n°292.

¹⁹⁹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 393, n°308.

²⁰⁰ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 393-394, n°310.

3. DE PAGE en VAN GERVEN: echo's van JOSSERAND in de Belgische rechtsleer

84. VAN GERVEN deelt de subjectieve rechten in, in enerzijds subjectieve rechten die de titularis zeggenschap verlenen over een bepaald goed of een bepaalde gedraging, anderzijds in bevoegdheden. Daardoor kan eenzijdig worden ingegrepen in de eigen of in andermans rechtssfeer.²⁰¹ De eerste soort noemt hij 'aanspraken', de tweede soort 'machten'.²⁰² VAN GERVEN onderscheidt drie soorten categorieën van bevoegdheden. Een eerste is die van de discretionaire bevoegdheden, een tweede die van de doelgebonden bevoegdheden en een derde tussencategorie.²⁰³

De discretionaire bevoegdheden worden aangewend ongeacht welke bedoeling de titularis daarmee voor ogen heeft, zelfs om een ander uit pure kwaadwilligheid te benadelen.²⁰⁴ VAN GERVEN geeft hier precies dezelfde voorbeelden als JOSSERAND gaf bij zijn *droits non causé*.

De doelgebonden bevoegdheden mogen enkel worden uitgeoefend in functie van het doel waarvoor ze werden verleend. Indien niet ligt een bevoegdheidsafwending voor.²⁰⁵ De eerste en de tweede categorie in de indeling van JOSSERAND komen overeen met dit soort bevoegdheid.

De leer van het rechtsmisbruik zoals die hoger in deze verhandeling aan bod is gekomen, wordt dan toegepast op de tussencategorie.²⁰⁶²⁰⁷

Als de indeling van VAN GERVEN wordt vergeleken met die van JOSSERAND, kan worden gesteld dat ze bijna woordelijk overeenkomen. Toch ziet VAN GERVEN een verschil tussen zijn uiteenzetting en die van zijn Franse collega. Volgens deze eerste maakt deze laatste geen onderscheid tussen doelgebonden bevoegdheden en subjectieve rechten in de strikte zin van het woord. De theorie van de *droits fonctions* zou dan ook niet van toepassing zijn op

²⁰¹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 88.

²⁰² W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 94.

²⁰³ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 168-169.

²⁰⁴ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 171.

²⁰⁵ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 175.

²⁰⁶ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 179.

²⁰⁷ STIJNS sluit zich ook aan bij deze indeling van subjectieve rechten; zie: S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)??", *JT* 1990, I, 37-39.

subjectieve rechten *sensu stricto*.²⁰⁸ Men kan zich de vraag stellen in hoeverre hier geen zuiver semantisch onderscheid wordt gemaakt.

85. In elk geval kreeg de theorie van JOSSERAND ook navolging in de geschriften van DE PAGE die er de algemene idee van het rechtsmisbruiksystem in zag:

“[...] l’idée générale: nous devons exercer nos droits civiliter, c’est-à-dire dans l’esprit de l’institution qui les a créés, et en respectant le but et les limites. Les droits sont causés. Ils ont une finalité. Celle-ci doit être observé. L’usage anormal d’un droit consiste dans sa déviation, dans son emploi en vue d’autres buts que ceux que la loi a entendu protéger.”²⁰⁹

4. Voorbeelden uit de Belgische rechtspraak ter illustratie van de theorie

i. Eerste illustratie: arrest van het Hof van Cassatie van 29 maart 1982

86. Een goed praktijkvoorbeeld waarop de theorie van de doelgebonden bevoegdheden kan worden toegepast, is het cassatiearrest van 29 maart 1982.²¹⁰ In dit arrest was volgend probleem aan de orde: een onderneming had besloten om al haar economische activiteiten stop te zetten en al haar werknemers te ontslaan. Één van de werknemers eiste de speciale opzeggingsvergoeding die hem toekwam krachtens de speciale ontslagbeschermingregeling voor kandidaten voor de overlegorganen. Het probleem waar de werkgever mee zat was dat hij niet voldoende geld zou hebben om de opzegvergoedingen van zijn andere werknemers te betalen wanneer hij de zeer hoge speciale opzeggingsvergoeding zou moeten uitbetalen. In eerste en tweede aanleg werd telkens geoordeeld dat het eisen van de opzegvergoeding geen rechtsmisbruik uitmaakt. In zijn middel voert de eiser in cassatie aan dat er sprake is van rechtsmisbruik telkens een recht – lees discretionaire bevoegdheid – wordt afgewend van zijn sociaal of economisch doel. Het doel van de ontslagbescherming zou ten eerste zijn om werknemers die zich kandidaat zouden willen stellen, niet te laten afschrikken door een dreigend ontslag, ten tweede om geen discriminerende ontslagen te krijgen en ten derde dat werknemers niet onder druk zouden worden gezet bij de uitoefening van hun mandaat. Geen van die doelstellingen is volgens de werkgever nog relevant nu alle werknemers zonder

²⁰⁸ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 183.

²⁰⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1962, 165, n°113. Zie in dit verband ook DE PAGE zijn definitie van een subjectief recht: “Un droit est un prérogative reconnue et sanctionnée dans la mesure où elle est conforme à l’intérêt social, et compatible avec les droits d’égalité de valeur des autres hommes.” DE PAGE, *o.c.*, 31, n°16.

²¹⁰ Cass., 29 maart 1982, *Arr. Cass.* 1981-1982, 940; *Pas.* 1982, I, 890.

onderscheid worden ontslagen en nu er geen preventiecomité of ondernemingsraad meer zal zijn aangezien alle activiteiten van de onderneming zijn stopgezet. Dientengevolge zou de enige drijfveer voor het uitoefenen van zijn rechten door de kandidaat, egoïsme zijn, hij zou zijn recht enkel vanuit zelfzuchtige motieven uitoefenen, hetgeen in strijd zou zijn met het door het objectief recht beoogde doel. Cassatie verwerpt de middelen door er op te wijzen dat de ontslagbescherming niet enkel gericht is op de opdracht binnen de onderneming maar wel het indienen van een kandidatuur zonder enige druk van de werkgever wil mogelijk maken. Dat blijkt onder meer uit het feit dat de regeling ook geldt voor niet verkozen kandidaten. De werknemer pleegt geen misbruik nu zijn eisen wel in overeenstemming zijn met de door het algemeen belang ingegeven ontslagbescherming.

87. Uit dit arrest kan worden besloten dat het Hof van Cassatie niet besluit tot rechtsmisbruik wanneer hij meent dat het door het (objectieve) recht nagestreefde doel wordt bereikt. *In casu* ervoor zorgen dat werknemers zich kandidaat durven stellen voor de verkiezingen van het preventiecomité of de ondernemingsraad. Het Hof van Cassatie oordeelde in deze zaak dus dat de werknemer zijn rechten uitoefende overeenkomstig de bredere sociale, maatschappelijke context waarin ze moeten worden gesitueerd. De rechtsuitoefening zou dus conform “de geest van het recht” zijn geschied.

ii. Tweede illustratie: arrest van het Hof van Cassatie van 24 september 2001

88. Een gelijkaardig geval als voorgaande zaak kan worden gevonden in een arrest van het Hof van Cassatie van 24 september 2001.²¹¹ Het betrof hier opnieuw een werknemer die in de overlegorganen zetelde. Er werd door de werkgever een procedure gestart voor de arbeidsrechtbank (overeenkomstig het beschermingsregime) om hem te kunnen ontslaan. Tijdens die procedure werd de arbeidsovereenkomst geschorst. Hoewel de werknemer ondertussen al vier jaar afwezig was van het bedrijf, stelt hij zich toch kandidaat voor de volgende verkiezingen voor een functie in één van de overlegorganen.

Het bestreden vonnis is als volgt opgebouwd: ten eerste is zich verkiesbaar stellen voor de ondernemingsraad een recht dat kan worden misbruikt. Ten tweede is het doel van dat recht de uitoefening van een sociaal mandaat voor overleg ten gunste van de collectiviteit van de werknemers. Ten derde ziet de rechter geen wettelijke hinderpaal in het stellen van de

²¹¹ Cass. 24 september 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1525; *Pas.* 2001, 1469; *RW* 2001-2002, II, 1029.

kandidatuur hoewel de arbeidsovereenkomst geschorst is. Ten slotte concludeert de rechter dat de eiser zijn recht aanwendde voor een ander doel dan dat waarvoor het was ingesteld. Dit vooral gelet op het feit dat hij in de materiële onmogelijkheid verkeerde om zijn mandaat daadwerkelijk uit te oefenen. Cassatie volgt het bestreden vonnis en gaat er dus van uit dat het rechtsmisbruik uitmaakt om zich in de gegeven omstandigheden kandidaat te stellen voor de verkiezingen.

89. Dit is een schoolvoorbeeld van het soort rechten dat niet ten gunste van de titularis wordt uitgeoefend. Het zich verkiesbaar stellen voor de overlegorganen in een onderneming is een recht met een bepaald sociaal doel, namelijk de belangen van de werknemers in een onderneming verdedigen. Nu dit niet kan worden bereikt, zou het rechtsmisbruik uitmaken op zijn rechten te staan.

iii. Evaluatie

90. De motieven van degene die het recht uitoefent komen hier niet in beeld. Inderdaad, de overheid kan een bepaald beleid voeren in het raam waarvan ze rechten verleent aan haar rechtssubjecten, dat wil daarom niet zeggen dat die rechtssubjecten deze doelstellingen moeten internaliseren. Dit is meteen ook een terechte kritiek aan de benadering van het probleem vanuit het concept van functionele rechten.²¹² Het is niet altijd even eenvoudig om de doelstellingen van het recht te kennen, vandaar dat het makkelijker is om een aantal doelen restrictief uit te sluiten dan een soort exhaustieve algemene handleiding op te stellen van de met een recht geoorloofd na te streven doelen.²¹³

b) Kritiek op theorie van de functionele rechten door RIPERT

91. De theorie van JOSSERAND kreeg kritiek van een andere Franse rechtsgeleerde, RIPERT. Hij formuleerde zijn standpunten in een artikel in de *Revue critique de législation et de jurisprudence*.²¹⁴

92. Om te beginnen was het criterium van de functionele rechten volgens hem te vaag. Als de rechter in de plaats van in specifieke gevallen te oordelen of een bepaalde handeling

²¹² K. RAES, "Recht en ethiek", 1148.

²¹³ *Ibid.*, 1149-1150.

²¹⁴ G. RIPERT, "Abus ou relativité des droits. À propos de l'ouvrage de M. Josserand: de l'esprit des droits et de leur relativité, 1927", *Revue critique*, t. XLIX, 1929, 33-63. Hierna afgekort: G. RIPERT, "Abus ou relativité des droits."

illegitiem is, de uitoefening van een recht moet toetsen aan algemene legitieme doelen, dan moet hij weten welke dat zijn. Volgens RIPERT is het echter vergeefs wachten op de definitie van wat nu juist een legitiem doel is.²¹⁵

93. Vervolgens uit RIPERT kritiek op de indeling van de subjectieve rechten volgens hun doel: “Les droits sont classés d’après leur objet, non d’après leur but”.²¹⁶ Hij merkt tegenspraak op in een indeling van rechten naar hun doel. Zulke klassering berust op het gegeven dat het recht werd gemaakt in een bepaalde geest en dat ze moeten worden uitgeoefend in de geest waarvoor de wetgever²¹⁷ ze heeft gecreëerd. Deze is noodzakelijkerwijze altruïstisch. De rechten worden echter meestal uitgeoefend om de belangen van de titularis te behartigen, niet die van een ander of van één of ander abstract gemeenschappelijk doel.²¹⁸

94. De grootste kritiek die RIPERT schijnt te geven is dat, wanneer alle rechten relatief zouden zijn, er geen verschil meer zou zijn tussen het stellen van een handeling zonder recht en het misbruiken van een recht. Wanneer een recht immers tegen zijn “geest” zou worden gebruikt, zou er helemaal geen recht meer voorhanden zijn.²¹⁹ Hoewel dit het logische gevolg is van de theorie van JOSSERAND, bleef hij toch de term ‘rechtsmisbruik’ gebruiken. Hij stelde misbruik niet gelijk aan handelen zonder recht. Dit komt volgens RIPERT omdat hij toch ergens voelde dat een recht, uitgeoefend binnen de door het objectief recht gestelde grenzen, in principe niet kan worden opgeheven. Een recht betekent macht, macht die kan worden misbruikt. Vandaar de noodzaak van de figuur van het rechtsmisbruik.²²⁰

95. RIPERT betoogt verder in deze trant. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de theorie van de fout en de figuur van het rechtsmisbruik. Wie bij het uitoefenen van een vrijheid een fout begaat, zal daarvoor aansprakelijk kunnen worden gesteld. Wie een recht uitoefent en daarbij binnen de door het objectief recht (RIPERT heeft het hier binnen de door

²¹⁵ G. RIPERT, “*Abus ou relativité des droits*”, 42-43, n°10-11.

²¹⁶ G. RIPERT, “*Abus ou relativité des droits*”, 45, n°12.

²¹⁷ Merk hier de enge 19e eeuwse idee op als zou enkel de wet een bron van het recht zijn.

²¹⁸ JOSSERAND zou hierop antwoorden dat door de “geest van het recht” het eigenbelang gelijk loopt met het algemeen belang. Samen met het behartigen van de eigen belang wordt daardoor ook het algemeen welzijn verhoogd. Op “egoïsme dat niet enkel zichzelf kent”, aldus JOSSERAND, kan de wereld worden gebouwd: L. JOSSERAND, *De l’esprit des droits*, 369-370, n°292.

²¹⁹ G. RIPERT, “*Abus ou relativité des droits*”, 53, n°18.

²²⁰ G. RIPERT, “*Abus ou relativité des droits*”, 55, n°19.

de wetgever) getekende krijtlijnen blijft, zal niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor zijn gedrag. Wat zou een recht anders betekenen dan individuele vrijheid en vrijwaring van aansprakelijkheid? De macht om een door het recht erkend belang te vrijwaren? Een recht is volgens RIPERT een verworven superioriteit over de medemens. Het recht van de ene doet een verplichting ontstaan in hoofde van de ander.²²¹ Daarentegen zou door het concept van functionele rechten, een recht verworven van een macht tot een plicht. Het zou enkel nog bestaan in de mate dat het nuttig is voor de gemeenschap.²²² Het concept zelf van subjectief recht staat op het spel.²²³

96. Het subjectief recht ziet de auteur als een macht van de mens, een afgeleide van de natuurlijke wet van de ongelijkheid. Hij verwoordt het zo: “Ceux qui dénoncent ce pouvoir méconnaissent ce qu’il y a de divin dans l’idée de puissance: omnis potestas a Deo. Cette origine en impose le caractère. La puissance ne doit pas être malfaisante.” Als rem op het uitoefenen van een recht, wijst RIPERT naar de moraal die verbiedt dat een ander opzettelijk wordt geschaad. Het is aan het recht, zij het in de vorm van de wetgever die grenzen trekt, zij het in de vorm van de rechter via de figuur van het rechtsmisbruik, om dit moreel beginsel te vertalen naar juridische principes. Het absolute karakter *an sich* van een subjectief recht kan echter niet worden geloofend. Het is de juridische uiting van de hang naar verovering en vrijheid. Hetgeen een inherente eigenschap is van de menselijke ziel en legitiem kan worden genoemd.²²⁴

c) Beide standpunten samengevat

97. Het is duidelijk dat hier twee onderscheiden zienswijzen op het concept subjectief recht tegenover elkaar staan.

²²¹ G. RIPERT, “Abus ou relativité des droits, 57-58, n°21.

²²² G. RIPERT, “*Abus ou relativité des droits*, 58, n°22.

²²³ G. RIPERT, “*Abus ou relativité des droits*, 61, n°24.

²²⁴ G. RIPERT, “*Abus ou relativité des droits*, 62; In een later werk wordt de kritiek als volgt samengevat: “[La théorie] tend à détruire l’idée de droit subjectif. Or, la conception du droit individuel, loin d’être antisociale, est indispensable au maintien de civilisation menacée par l’étatisme ou le communisme. L’absolutisme du droit individuel n’a rien de condamnable en soi, car il n’est que la traduction juridique du désir légitime de puissance et de liberté. Ce qu’il faut seulement demander au droit objectif c’est de refréner le désir de nuire ou même l’indifférence trop absolue devant l’intérêt d’autrui. La puissance ne doit pas être malfaisante. Dès qu’on enlève à la théorie de l’abus des droits son fondement moral, on tombe dans les plus dangereuses fantaisies de la contrainte sociale.” (G. RIPERT, *la règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1949, 183, n°103bis.)

1. JOSSERAND

98. Aan de ene zijde staat een concept dat vertrekt vanuit de idee dat elk recht een sociaal gegeven is. Een recht dient steeds te worden geïnterpreteerd in functie van het algemeen belang. Het is een middel ter verwezenlijking van een aantal abstracte algemene principes die een *superlégalité* vormen. De kernwoorden zijn hier ‘gemeenschap’, ‘algemeen welzijn’, ‘sociale doelstellingen’. Het vertrekpunt is dus niet de vrijheid van het individu maar wel het streven van de gemeenschap. Wie zijn recht niet voor het groter goed aanwendt, maar enkel in zijn eigenbelang, pleegt rechtsmisbruik.

De figuur van het rechtsmisbruik kent in deze opvatting dus een eerder ruim toepassingsgebied, hetgeen omgekeerd evenredig schijnt met de macht die toekomt aan de houder van een subjectief recht.

2. RIPERT

99. Aan de andere zijde staat een concept dat vertrekt vanuit het subjectief recht als een *a priori* gegeven. Het subjectief recht wordt niet voor en door de samenleving geschapen, maar bestaat al als een soort natuurlijke eigenschap van de mens. Het is dan aan het recht om de natuurlijke hang naar absolutisme te beperken zodanig dat een evenwicht kan worden gevonden tussen de *a priori* vrijheden van elkeen. Hierin ligt de taak van de figuur van het rechtsmisbruik.

RIPERT kent de figuur van het rechtsmisbruik een eerder beperkte draagwijdte toe. Ze is overigens enkel van belang in het geval waarin aan de rechtsuitoefening, objectief gezien, geen kritiek kan worden geuit. Het criterium moet dan worden gezocht in een subjectief element, namelijk het loutere oogmerk om te schaden. Dit oogmerk kan worden bewezen door aan te tonen dat de rechtstitularis geen enkel belang had bij de rechtsuitoefening.²²⁵ Dit laatste punt is belangrijk want van zodra de rechtsuitoefening wel enig belang heeft, doet de intentie van de titularis er niet toe en vermag de rechter diens “troebele” beweegredenen niet te peilen.

226

²²⁵ G. RIPERT, *la règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1949, 171, n°97.

²²⁶ G. RIPERT, *la règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1949, 173, n°99.

3. Besluit

100. Het is niet de bedoeling om in deze verhandeling stelling in te nemen voor de ene of voor de andere maar om aan te tonen dat een verschillende kijk op het subjectief recht, kan leiden tot een verschillende verklaring voor rechtsmisbruik. Overigens kan nog worden opgemerkt dat de het Belgische positieve recht (behandeld onder titel III van deze verhandeling) eerder neigt naar de opvattingen van JOSSERAND.²²⁷

C. Het concept subjectief recht in het Duitse recht

101. In de Duitse rechtsleer van eind negentiende eeuw werden er verschillende definities naar voren geschoven voor het begrip subjectief recht. Het is de bedoeling om elk van deze definities kort weer te geven. Daarna zal worden nagedacht hoe elk van de definities de theorie van het rechtsmisbruik zou kunnen verklaren.

a) *Willenstheorie*

1. SAVIGNY

102. Deze Duitse rechtsgeleerde definieerde in zijn *System des heutigen Römischen Rechts* het subjectief recht als een aan de persoon toestaande macht. Hij heeft het over een ‘gebied’ waarbinnen de wil van de rechtstitularis heerst met ‘onze’ toestemming.²²⁸ De individuele wil heerst in dit gebied onafhankelijk van elke andere vreemde wil.²²⁹ Het gaat dus over een aan het rechtsobject toestaande macht, verleend door het objectief recht.²³⁰

De wil kan volgens SAVIGNY heersen over: de persoon zelf, een zaak of een andere persoon.²³¹ In dit laatste geval gaat het om een verbintenis van de andere persoon ten opzichte van de rechtstitularis.²³²

²²⁷ Zie de arresten hierboven onder randnummers 86 en 88 behandeld; zie ook T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 764-767; LÉONARD leidt de toepassing van de leer van de functionele rechten af uit het hierboven besproken cassatiearrest van 29 maart 1982, voorts verwijst hij ook naar een cassatiearrest van 28 april 1972 (Cass. 28 april 1972, *Pas.*, 1972, I, 797) en stelt ten slotte vast: “Une jurisprudence constante des juges du fond montre que le critère du détournement de finalité des droits est du reste régulièrement appliqué en pratique, même s’il ne représente pas – loin s’en faut – le critère le plus usité.”

²²⁸ F.K. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, Aalen, Scientia, 1973 (Neudruck Ausg. Berlin 1840), 7.

²²⁹ F.K. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 333.

²³⁰ F.K. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 7.; zie ook: T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 31.

²³¹ F.K. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 335.

2. WINDSCHEID

103. Naast SAVIGNY kan ook nog WINDSCHEID als uitdrager van de *Willenstheorie* worden aangehaald. Zijn de definitie gaat als volgt: een recht is een door de rechtsorde verleende *Willensmacht* of *Willensherrschaft*.²³³

104. Met *Willensmacht* wordt bedoeld dat de titularis recht heeft op een bepaald gedrag, een doen of laten van de persoon of personen ten opzichte van wie hij zijn recht uitoefent. De rechtsorde stelt onder bepaalde voorwaarden een 'bevel' ter beschikking van de rechtstitularis. Wanneer die voorwaarden zijn vervuld, hangt het van de wil van de titularis af of hij van het bevel gebruik maakt of niet.²³⁴

De *Willensherrschaft* doet de rechten op een bepaald gedrag (doen of laten) ontstaan, vergaan of doet ze veranderen. Het gaat hier bijvoorbeeld om een eigenaar die over zijn eigendom beschikt of een schuldeiser die zijn vordering overdraagt. Hier is de wil van de rechtstitularis dus maatgevend voor het bestaan van de bevelen.²³⁵

b) *Interessentheorie*

105. Tegenover de theorie die de wil als uitgangspunt neemt, staat deze die in het beschermen van een belang de essentie ziet van een subjectief recht. Deze theorie werd ondermeer verdedigd door JHERING.

106. JHERING ontkent dat de wil het doel en de bewegende kracht van rechten uitmaakt. Volgens hem bestaat een recht uit twee elementen, te weten, een substantieel en een formeel. Het substantiële vormt de kern van het recht. Het gaat om het praktisch doel ervan, dat eruit bestaat om een bepaald nut, voordeel of een bepaalde winst te waarborgen. Het formele element is dan de schelp, het middel om het praktische doel te kunnen vrijwaren. Het gaat hier om de mogelijkheid om een vordering in te stellen, een *actio*. De twee elementen samen zijn nodig om van een recht te kunnen spreken, anders ligt er een louter feitelijk belang voor. Slechts doordat *het* recht een bepaald belang erkent door het te beschermen met een mogelijkheid tot het instellen van een vordering, kan van *een* recht worden gesproken. Dit

²³² F.K. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 339.

²³³ B. WINDSCHEID en T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main, Rütten & Loening, 1906, 156.

²³⁴ B. WINDSCHEID en T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 155-156.

²³⁵ B. WINDSCHEID en T. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 156.

leidt JHERING tot de volgende definitie: “Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.” [nadruk toegevoegd].²³⁶

Elk privaatrechtelijk recht bestaat om de mens van het één of het ander voordeel te verzekeren, zijn behoeften te bevredigen en zijn doelstellingen of belangen te bevoordelen.²³⁷ Hetgeen dit voordeel verschaft noemt JHERING een goed.²³⁸ Het betreft niet enkel in geld waardeerbare goederen. Het kan ook gaan om goederen die een eerder morele waarde hebben: eer, persoonlijkheid, vrijheid, familiebanden en dergelijke meer.²³⁹ In elk geval vereist de definitie van een recht dat er een bepaald goed wordt beschermd. Dat goed kan dan worden gewaardeerd. Het begrip ‘belang’ zet die waarde dan in verbinding met de persoonlijke doelstellingen en situatie van het rechtssubject. Zo heeft een blinde geen belang bij een recht van uitzicht, of een dove bij het recht een concert bij te wonen, hoewel het goed dat door de rechten wordt beschermd op zich wel iets waard is.²⁴⁰

c) *Kombinationstheorie*

107. Uit een these en een antithese volgt meestal een synthese. Zo ook in de discussie over wat een subjectief recht precies is. De synthese in deze, komt in de vorm van de zogenaamde combinatietheorie: om een recht een recht te kunnen noemen, heeft het zowel een belang als een macht.²⁴¹

1. Het belang

108. De Duitse rechtsgeleerde JELLINEK was één van de eerste die de theorie verwoordde. Hij begint met de algemene observatie dat het niet mogelijk is om gewoonweg te willen. Er moet altijd iets gewild worden. Het doel van de rechtsorde is om aan het individu dat ‘iets’ te verschaffen, het genot ervan mogelijk te maken. Dat ‘iets’ wordt door de rechtsorde erkend als zijnde nodig of wenselijk om de doelstellingen van het individu te bereiken. Het is met andere woorden een goed. Wat objectief gezien een goed is, wordt een

²³⁶ R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1924, 339.

²³⁷ R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, 340.

²³⁸ R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, 341.

²³⁹ R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, 340.

²⁴⁰ R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, 341.

²⁴¹ Zie ook: L. ENNECCERUS en H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teils des Bürgerlichen Rechts: ein Lehrbuch*, Tübingen, Mohr, 1959, 273.

belang wanneer het subjectief gezien waarde heeft voor het bereiken van een bepaald doel. De bedoeling van het recht is nu om die goederen of belangen te beschermen.²⁴²

2. De wil

109. Een tastbaar voorwerp of een menselijke relatie, wordt slechts tot een belang of goed wanneer het gewild wordt. Enerzijds is het inderdaad zo dat enkel 'iets' gewild kan worden – gewoon 'willen' is logisch niet mogelijk – anderzijds moet dat 'iets' ook daadwerkelijk gewild worden of gewild kunnen worden, vooraleer het, het voorwerp van rechterlijke bescherming kan worden. Het willen is het middel waarmee dat 'iets' een goed of belang wordt. Vandaar dat de rechtsorde de menselijke wilsmacht dient te erkennen alvorens het belang of goed kan worden beschermd. Uit deze overwegingen volgt dat het willen niet uit definitie kan geweerd worden. Hoewel het willen op zichzelf geen doel kan zijn van een recht, is het wel een middel.

3. De definitie

110. JELLINEK geeft daarop de volgende definitie: "Das Subjektive Recht ist [...] das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse."²⁴³ Een subjectief recht ontstaat dus wanneer de wilsmacht van een individu door het objectieve recht als maatgevend wordt beschouwd voor het bestaan en de omvang van een bepaald belang.²⁴⁴

De combinatietheorie komt er op een neer dat een recht inhoudelijk wordt bepaald door het beschermen van een belang dat eerst naar voren wordt geroepen door de wil van de rechtstitularis.

d) Evaluatie in het licht van rechtsmisbruik

111. Rechtsmisbruik valt volgens mij moeilijk te verklaren vanuit de *Willentheorie*. Hier komt namelijk de klassieke rechtsmisbruikparadox naar boven.²⁴⁵ Het objectieve recht gaf aan een rechtsobject een 'gebied' waarin die zijn wil kan laten gelden. Vandaar dat het enigszins

²⁴² G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Mohr Siebeck, 1892, 40.

²⁴³ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 41; zie voor een andere definitie van de combinatietheorie: L. ENNECCERUS en H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teils des Bürgerlichen Rechts: ein Lehrbuch*, Tübingen, Mohr, 1959, 272-273: "Das Subjektive Recht ist begrifflich eine Rechtsmacht die dem einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist, seinem Zweck nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen."

²⁴⁴ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 42.

²⁴⁵ Zie randnummer...

tegenstrijdig en ambigu klinkt om via rechtsmisbruik die heerschappij dan toch ‘alweer een beetje’ in te perken.

112. De *Interessentheorie* is mijn inziens al beter geschikt om het misbruik van een recht te kunnen kaderen binnen het concept van subjectief recht zoals in die theorie opgevat. Rechtsmisbruik zou dan het aanwenden van het formeel element van een recht tegengaan wanneer het substantieel element niet voorhanden is. Dit verklaart, zoals in randnummer 27 werd aangegeven, echter vooral de eerste twee criteria van rechtsmisbruik. In het geval een proportionaliteitstoets moet worden doorgevoerd, heeft de rechtstitularis immers per definitie een belang bij de rechtsuitoefening. De manier waarop hij van zijn recht gebruik maakt is dus volgens de *Interessentheorie* geoorloofd. Hier duikt de rechtsmisbruikparadox weer op.

113. Met betrekking tot deze laatste bedenking zou, naar ik meen, de *Kombinationstheorie* eventueel soelaas kunnen bieden. Hierboven werd gesteld dat in die theorie de wil van het rechtssubject maatgevend is voor het ontstaan van een belang. In de mate dat hij een goed wil, wordt het tot een belang. De rechtsorde erkent nu die wilsmacht – “[...] durch Anerkennung menschlicher Willensmacht [...]”²⁴⁶ – waardoor een recht ontstaat. Vandaar dat wordt gesteld dat de wil ‘maatgevend’ is voor het ontstaan van het recht. De mate waarin die wilsmacht wordt erkend zou, middels de figuur van het rechtsmisbruik, aan de hand van het proportionaliteitscriterium kunnen geschieden. Aldus maakt het verbod van rechtsmisbruik integraal deel uit van de rechtsorde nodig voor het bekrachtigen van de wil. Het enige probleem blijft dan wel dat nog steeds niet duidelijk is op welke rechtsnorm dat verbod dan gestoeld zou zijn.

D. Een procedurele benadering van het probleem: *Equity*

a) Opzet van dit deel.

114. Het concept rechtsmisbruik als dusdanig is vreemd aan het recht van het Verenigd Koninkrijk. Anders dan in het Franse, Duitse of Belgische recht kan geen algemene theorie worden gevonden die het uitoefenen van rechten op deze of gene manier verbiedt. Daarom moet worden gezocht naar een bepaalde rechtsfiguur die dezelfde effecten sorteert als de

²⁴⁶ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 41.

toepassing van het in ons rechtstelsel geldend verbod op rechtsmisbruik. Namelijk het inperken van de gevolgen van een rechtsuitoefening die – om welke reden dan ook – als overdreven of onredelijk wordt beschouwd. Een voorbeeld van dergelijke figuur kan mijn inziens worden gevonden in de *equitable remedies* en meer bepaald in de *injunction*. Zoals aangegeven in de titel bij dit deel gaat het hier niet om een middel ontwikkeld vanuit een algemeen concept van rechten, eerder om een middel ontwikkeld vanuit de procedure voor een rechtbank.²⁴⁷

115. Achtereenvolgens zullen aan kort aan bod komen: het ontstaan van de *equitable remedies* als onderdeel van de *equity* rechtspraak en een behandeling van de *injunction* zelf, met verwijzing naar een aantal arresten ter illustratie.

b) Ontstaan van de *equitable remedies* in de rechtspraak van de *Chancery*

116. Als tegengewicht voor het te rigide geworden systeem van de *Common Law* werd in het Engelse recht een deel van de rechtsprekende bevoegdheid gedelegeerd aan de *chancellor*, één van de belangrijkste raadgevers van de koning.²⁴⁸ De bedoeling was om te strikte toepassingen van *Common Law* recht te milderen aan de hand van principes van ‘*justice*’ en ‘*conscience*’.²⁴⁹

Wie een *equitable right* wou doen gelden voor een *common law* rechtbank, diende een procedure voor de *Chancery* te starten.²⁵⁰ Via een *injunction* – een zogenaamde *common injunction*, bestaat nu niet meer²⁵¹ – verleend door de *Chancery* werd de *Common Law* uitspraak dan buiten spel gezet.²⁵²

²⁴⁷ Recht werd in het Engels recht van oudsher ontwikkeld via de procedure. F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN, F. REYNTJENS, W. DE BONDT, K. LEMMENS, *Rechtsvergelijking*, Studentenuitg., Mechelen, Kluwer, 2007, 199, n°322; zie in die zin ook: J.H. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Oxford, Oxford University press, 2007, 53: “yet, between the thirteenth century and reforms of the nineteenth, procedural formalities dominated common-law thinking. As far as the courts were concerned, rights were only significant, and remedies were only available, to the extent that appropriate procedures existed to give them form.”

²⁴⁸ J.H. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Oxford, Oxford University press, 2007, 98-99.

²⁴⁹ H.G. HANBURY and J.E. MARTIN, *Modern Equity*, London, Sweet&Maxwell, 2001, 4.

²⁵⁰ H.G. HANBURY and J.E. MARTIN, *Modern Equity*, 7.

²⁵¹ G.W. KEETON, *An introduction to equity*, London, Pitman, 1961, 56.

²⁵² In de negentiende eeuw verdween het onderscheid tussen *equity* en *Common Law* opgeheven door de *Judicature Acts* van 1873 en 1875. Principes uit beide systemen konden voor dezelfde rechtbank worden aangehaald, zie: H.G. HANBURY and J.E. MARTIN, *Modern Equity*, 14-16.

c) *Equitable remedies*

117. Een belangrijke troef van de *Equity* rechtspraak was inderdaad, dat het in staat was om nieuw *remedies* in het leven te roepen die niet onder de *Common Law* konden worden verkregen. Gemeenschappelijke kenmerken van deze *remedies* zijn, ten eerste dat ze *in personam* werken en ten tweede dat ze discretionair zijn. Met het eerste wordt bedoeld dat het gaat om een bevel gericht aan een persoon. Wanneer dit bevel niet zou worden gevolgd, zou die persoon zich schuldig maken aan *contempt of court*, een misdrijf waarop eventueel zelfs een gevangenisstraf staat.²⁵³ Met het tweede wordt bedoeld dat de rechter bij de overweging om een *equitable remedy* al dan niet toe te staan, niet alleen rekening houdt met het gedrag van de verweerder maar ook met dat van de eiser. Het is niet om dat een situatie voorligt waarbij normaalgezien een *equitable remedy* zou worden verleend, dat de rechter daar ook toe verplicht is. Wanneer de eiser in een *Common Law* procedure zijn zaak tot voldoening van de rechtbank kan bewijzen, heeft hij recht op een vonnis en alle middelen om dat vonnis ten uitvoer te leggen. Hoe ‘oneerlijk’²⁵⁴ het resultaat ook moge zijn.²⁵⁵ Aldus gaat het om discretionair te verlenen *remedies*, gebaseerd op het ontoereikend karakter van de *Legal remedies*.²⁵⁶

d) *Injunction*

118. Een *injunction* kan worden gedefinieerd als volgt: “*an injunction is an order by the court to a party to do or refrain from doing a particular act*”.²⁵⁷ Normaalgezien is een *injunction* dus bedoeld om een bepaalde handeling te voorkomen, dit zijn de zogenaamde *prohibitory injunctions*. De rechtbank heeft echter ook de macht om iemand te bevelen de gevolgen van een bepaalde handeling die al is voltooid, ongedaan te maken. Daartoe verleent de rechter een *mandatory injunction*.²⁵⁸ Beide soorten *injunctions* kunnen zowel bij wijze van voorlopige maatregel als maatregel ten gronde worden genomen.²⁵⁹ Voorts moet nog worden

²⁵³ R.A. EASTWOOD, *Strahan's Digest of Equity*, London, Butterworth & Co., 1939, 432, art. 148.

²⁵⁴ *Unfair*.

²⁵⁵ R. MEGARRY & P.V. BAKER, *Snell's principles of Equity*, London, Sweet & Maxwell, 1973, 569-570.

²⁵⁶ H.G. HANBURY and J.E. MARTIN, *Modern Equity*, 761.

²⁵⁷ H.G. HANBURY and J.E. MARTIN, *Modern Equity*, 758.

²⁵⁸ H.G. HANBURY and J.E. MARTIN, *Modern Equity*, 759; W.V.H. ROGERS, P.H. WINFIELD and J.A. JOLOWICZ, *Winfield and Jolowicz on Tort*, London, Sweet&Maxwell, 2010, 1075, 22-51.

²⁵⁹ H.G. HANBURY and J.E. MARTIN, *Modern Equity*, 760.

opgemerkt dat een *Injunction* enkel wordt verleend om een recht te beschermen, hetzij een *equitable right*, hetzij een *Legal right*.²⁶⁰

119. Vooraleer een *mandatory injunction* kan worden verleend dienen een aantal strikte voorwaarden te worden vervuld. De voorwaarden waarover hier sprake werden voor het eerst duidelijk gesteld door Lord UPJOHN in de zaak *Redland Bricks v Morris*²⁶¹. Ten eerste moet worden aangetoond dat als er niet gehandeld wordt er een grote kans bestaat op ernstige schade in de toekomst. Ten tweede moet worden aangetoond dat een schadevergoeding geen afdoende remedie zou zijn indien die toekomstige schade zich daadwerkelijk voordoet. Ten derde moet de kost van het uitvoeren van de *injunction* door de verweerder in rekening worden gebracht. Deze voorwaarde hangt samen met twee andere beoordelingen. Indien de eiser onredelijk handelde²⁶² kan hij enerzijds worden veroordeeld de door hem veroorzaakte stoornis te herstellen ook al is de kost voor hem buiten verhouding tot het voordeel dat de buur uit het herstel zou halen. Indien hij anderzijds niet onredelijk handelde, moet de kost in kaart worden gebracht omdat het niet zeker is of de schade zich ook daadwerkelijk zal voordoen en als ze zich manifesteert de eiser alleszins al remedies in handen heeft gezien de procedure. Ten slotte moet het bevel precies geformuleerd zijn.²⁶³

²⁶⁰ Om dit te illustreren kan de zaak *Day v. Brownrigg* (*Day v. Brownrigg* (1878) 10 Ch.D.) worden aangehaald. Het betrof hier een geschil tussen twee burens waarbij de ene, zijn huis dezelfde naam had gegeven als zijn buur. De buur wiens huis al eerder de naam droeg, eiste een *injunction* om het gebruik van de naam door zijn buur te doen ophouden. De zaak kwam uiteindelijk voor de *Court of appeal*. De *Master of the Roll*, JESSEL is in tegenstelling tot de rechter in de vorige instantie, van mening dat de *injunction* niet kan worden toegekend. Ook al kan worden bewezen dat de eigenaar van het huis dat het eerst de naam droeg, schade (*damage*, in de vorm van een waardevermindering van zijn eigendom) of ongemak lijdt, zolang zijn rechten niet worden aangetast, ligt er geen grond voor om een *injunction* te verlenen. Een andere rechter in deze zaak, Lord Justice JAMES, verwoordde het als volgt: “This court can only interfere where there is an invasion of a Legal or equitable right.” De rechters zijn het er alle drie over eens dat de *injunction* niet kan worden toegekend nu het recht op de naam van een huis niet beschermd wordt door de Engelse rechtbanken. Zie voor een verdere illustratie van het principe dat *injunctions* enkel worden verleend als er rechten geschonden worden: *Paton v. Trustees of British Pregnancy Advisory Service* (1979) Q.B. 276.

²⁶¹ *Redland Bricks Ltd. Appellants v Morris and Another Respondents*, (1970) A. C. 652; De zaak ging over een bedrijfje dat klei won om bakstenen te maken. Door de put die daardoor ontstond begon een deel van het land van de burens te verzakken.

²⁶² Dit wordt door Lord UPJOHN als volgt ingevuld: “[...] where the defendant has acted without regard to his neighbour's rights, or has tried to steal a march on him or has tried to evade the jurisdiction of the court or, to sum it up, has acted wantonly and quite unreasonably in relation to his neighbour [...]”; hier kan het verband worden gelegd met wat hierboven in randnummer 64 werd gesteld in verband met het *fraus omnia corrumpit* beginsel uit het Belgische recht.

²⁶³ Zie voor het ‘spiegelbeeld’ van de voorwaarden in *Redland Bricks v Morris*, de oudere zaak *Shelfer v City of London Electric Lighting Company* (1895) 1 Ch. 287; Lord Justice A.L. SMITH (sloot zich aan bij de meerderheid van het Hof om een *injunction* toe te staan) stelde: “In my opinion, it may be stated as a good working rule that — (1.) If the injury to the plaintiff's legal rights is small, (2.) And is one which is capable of

e) besluit

120. Wanneer in het Belgische recht een bepaalde rechtsuitoefening in een zekere mate als storend wordt ervaren, oordeelt de rechtspraak vaak aan de hand van een proportionaliteitstoets of die uitoefening via de figuur van het rechtsmisbruik kan worden geredieerd.²⁶⁴ Na een korte blik op het recht van het Verenigd Koninkrijk kan alvast worden besloten dat eenzelfde resultaat via procedurele weg kan worden verkregen via het vorderen van een *injunctio* – meer bepaald een *mandatory injunction*. Het verlenen van dergelijk middel is echter aan een aantal voorwaarden onderworpen. Net zoals het proportionaliteitscriterium in het Belgische recht wordt daarbij rekening gehouden met de kosten en de baten voor zowel eiser als verweerder. Eveneens zoals in het Belgische recht speelt het al dan niet opzettelijk miskennen van andermans recht door de verweerder hier een rol.²⁶⁵

V. Conclusie

“ Dans le monde du Droit il y a des problèmes qui tourmentent la conscience du juriste tout aussi bien que les sentiments profonds qui font souffrir le poète.”²⁶⁶

121. De bedoeling van deze verhandeling was om een aantal conceptuele problemen in verband met rechtsmisbruik te bespreken. Daartoe werd eerst een algemene probleemstelling geformuleerd.²⁶⁷ Deze stelde dat het enigszins tegenstrijdig is dat de rechtsorde aan de ene kant subjectieve rechten toekent die vrij kunnen worden uitgeoefend, om diezelfde uitoefening langs de andere kant dan toch weer te beperken via rechtsmisbruik. Dit is vooral eigenaardig gezien er tot op heden nog steeds discussie is over de exacte juridische grondslag voor deze rechtsfiguur.

being estimated in money, (3.) And is one which can be adequately compensated by a small money payment, (4.) And the case is one in which it would be oppressive to the defendant to grant an injunction—then damages in substitution for an injunction may be given. There may also be cases in which, though the four above-mentioned requirements exist, the defendant by his conduct, as, for instance, hurrying up his buildings so as if possible to avoid an injunction, or otherwise acting with a reckless disregard to the plaintiff's rights, has disintitiled himself

from asking that damages may be assessed in substitution for an injunction.” Zie voor een andere gelijkaardige zaak die de voorwaarden van SMITH overneemt: *Kelsen v Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland) Ltd.* (1957) 2 Q.B. 334.

²⁶⁴ zie boven randnummers 50-54.

²⁶⁵ Zie het in randnummer 64 behandelde cassatiearrest: Cass. 13 april 1984, *Arr. Cass.* 1983-1984, 1084; *Pas.* 1984, I, 1023.

²⁶⁶ O. IONESCU et G. RIPERT, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Brussel, Bruylant, 1978, 2.

²⁶⁷ Randnummer 5.

122. In het licht van deze probleemstelling werd vervolgens een blik geworpen op het positieve Belgische recht. Hierbij werden eerst twee traditionele criteria voor rechtsmisbruik behandeld. Ten eerste, het handelen met het louter oogmerk om te schaden,²⁶⁸ en ten tweede, het criterium ‘bij gelijk voordeel, geen nadeel voor een ander’.²⁶⁹ Deze twee criteria konden worden ondergebracht onder een derde criterium, namelijk het uitoefenen van een recht zonder belang.²⁷⁰ Met betrekking tot deze drie criteria werd besloten dat de paradox van het rechtsmisbruik zich niet zozeer stelt. Het criterium van handelen zonder belang blijkt eenvoudig te kunnen worden verklaard wanneer het conceptueel wordt benaderd, vanuit de notie van wat een subjectief recht is. Wie zijn recht wil doen gelden hoewel hij daartoe geen belang heeft, heeft in principe geen volwaardig recht. Zijn handelen komt in dat geval neer op een louter feitelijk handelen. Dit idee werd eerst summier weergegeven. Onder titel IV werd dit nogmaals toegelicht aan de hand van het door de Duitse rechtsgeleerde JHERING ontwikkelde concept van een subjectief recht (*Interessentheorie*).²⁷¹

123. Voormelde verklaring bleek geen hout te snijden wanneer het proportionaliteitscriterium wordt gebruikt om rechtsmisbruik vast te stellen. In deze situatie heeft de rechtstitularis namelijk wel degelijk belang bij de rechtsuitoefening. Hij handelt in principe conform het recht. Voor zover een rechter echter oordeelt dat er geen ‘voldoende’ of ‘redelijk’ belang aanwezig is, stelt hij vast dat er sprake is van rechtsmisbruik.²⁷² Na kort een selectie uit de rechtspraak in verband met het proportionaliteitscriterium te hebben besproken, werd het probleem van het rechtsmisbruik scherp gesteld. Hierbij werd de kritische vraag gesteld of het Hof van Cassatie, door het aanhouden van het proportionaliteitscriterium en door het te koppelen aan een zogenaamd generiek criterium, subjectieve rechten niet afschaft en vervangt door een soort utilitaire plichtenleer. Hier kwam het spanningsveld tussen de ‘principiële’ vrije rechtsuitoefening en de grenzen die door de aanwending van het rechtsmisbruik kunnen worden gesteld, het sterkst naar boven. De nood aan een juridische grondslag dringt zich in dit verband des te meer op.²⁷³

²⁶⁸ Randnummers 11 e.v.

²⁶⁹ Randnummers 21 e.v.

²⁷⁰ Randnummers 26-27.

²⁷¹ Randnummer 112.

²⁷² Randnummer 28.

²⁷³ Randnummers 50-54.

124. Daarom werden in een volgend deel van de verhandeling de mogelijke juridische grondslagen die door de klassieke literatuur worden aangereikt besproken. Ze werden gewogen, maar na een kritische doorlichting te licht bevonden.²⁷⁴ Vandaar dat, mijns inziens, kan worden besloten dat er inderdaad nog steeds geen geldige juridische basis voor de figuur van het rechtsmisbruik kan worden gevonden in het Belgische recht. Het rechtstreekse gevolg hiervan is dat de vraag kan worden gesteld of de rechtspraak niet te ver gaat in de manier waarop ze het begrip subjectief recht uitrekt. De idee van het subjectief maakt per slot van rekening wel een gevestigd concept uit in het positieve recht.

125. De zoektocht naar een mogelijke oplossing voor het probleem zou kunnen starten met een precieze omschrijving van het concept subjectief recht. Eens duidelijk kan worden gemaakt wat een subjectief recht precies is, kan ook duidelijk worden gesteld waarom en wanneer het kan worden misbruikt. Om die reden werd onder titel IV gekeken naar een aantal concepten die in de Duitse en Franse rechtsleer werden ontwikkeld. Telkens werd kort gereflecteerd over de manier waarop een verschillend idee over wat een recht juist is tot een verschillende verklaring voor het fenomeen rechtsmisbruik leidt. Bij de Franse rechtsleer werden twee auteurs met een tegenovergestelde ideologische kijk tegenover elkaar gezet. Dit illustreert dat een invulling van het begrip subjectief recht ideologisch gekleurd kan zijn.²⁷⁵ Bij de Duitse rechtsleer werden drie verschillende ideeën weergegeven. Het ging hier ten eerste over een theorie die de wil als het determinerend element van een recht ziet, ten tweede over een theorie die het belang als bepalend beschouwt en ten derde over een theorie die beide combineert. Het was vooral deze combinatietheorie die in de huidige Belgische leer van het rechtsmisbruik zou kunnen inpassen.²⁷⁶ Ten slotte werd nog een andere manier om het probleem te benaderen belicht. Hiervoor werd gekeken naar het recht van het Verenigd Koninkrijk. Het besluit was dat met een *injunction* hetzelfde resultaat kan worden bereikt als de toepassing van de leer van het rechtsmisbruik toelaat in ons rechtstelsel.²⁷⁷

²⁷⁴ Randnummer 79.

²⁷⁵ Randnummers 97-100.

²⁷⁶ Randnummers 111-113.

²⁷⁷ Randnummer 120.

VI. Bibliografie

A. Rechtsleer

a) België

- CAMPION, L., *La Théorie de l’abus des droits*, Brussel, Bruylant, 1925, 346 p.
- COPPEIN, B., Edmond Picard (1836-1924), actor en getuige van een veranderend Belgisch rechtsdenken in Europees perspectief aan het einde van de negentiende eeuw, onuitg., doctoraatsthesis Rechten K.U. Leuven, 2010, 407 p.
- CORNELIS, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 1989, 744 p.
- CORNELIS, L., “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (red.), *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 46-55.
- DABIN, J., *le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, 313 p.
- DABIN en LAGASSE, “Examen de jurisprudence”, *RCJB*, 1963, 257.
- DE BERSAQUES, A., “l’Abus de droit”, *RCJB*, 1953, 272.
- DE BOECK, A., “Rechtsmisbruik” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2011, 120.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civile Belge*, Brussel, Bruylant, 1962, T. I, 1367 p.
- GORLÉ, F., BOURGEOIS, G., BOCKEN, H., REYNTJENS, F., DE BONDT, W., LEMMENS, K., *Rechtsvergelijking*, Studentenuitg., Mechelen, Kluwer, 2007, 359 p.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusie bij Cass. 10 september 1971, Arr. Cass., 1972, 31, *Pas.* 1972, 28, *RCJB* 300.
- KRINGS, E., “Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l’édification du droit”, *JT* 1990, II, 545.
- LÉONARD, T., *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 894 p.
- RAES, K., “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen” in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, II, Diegem, Kluwer, 1994, 1131-1162.
- RONSE, J., “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, 209.
- STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, I, 33.

- STIJNS, S. en VUYE, H., “Tendances et réflexions en matière d’abus de droit en droit des biens”, in H. VUYE, P. WERY, F. VAN NESTE (eds.), *Propriété. Eigendom*, Brugge, die Keure, 1996, 97.
- STORME, M. E., Noot- “contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid (goede trouw) of misbruik va contractueel recht?”, *RW* 1984-1985, 1725.
- THUNIS, X., *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 20, *Théorie générale de la faute*, vol. 1, *La faute civile, un concept polymorphe*, Brussel, Kluwer, 2000, 4-33 (30 p.).
- VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit”, in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 202 p.
- VAN DUN, *het fundamenteel rechtsbeginsel, een essay over de grondslagen van het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 606 p.
- VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 519 p.
- VAN GERVEN, “Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux”, *JT* 1992, 305.
- VAN GERVEN, W. en LIERMAN, S., *Algemeen deel veertig jaar later. Privaat- en Publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, 603 p.
- VAN NESTE, F., “Misbruik van recht”, *TPR* 1967, 339-376.
- VAN OMMESLAGHE, P., “abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, *RCJB* 1973, 300-350.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, v.1.
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935 p.
- VAN VELTHOVEN, B.C.J. en VAN WIJCK, P.J., (eds.), *Recht en efficiëntie, een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer, 1997, 337 p.

b) Duitsland

- EBEL, F., *Rechtsgeschichte. Ein Lehrbuch*, II, Heidelberg, Müller, 1993, 304 p.
- EISENHARDT, U., *Deutsche Rechtsgeschichte*, München, C.H. Beck, 1984, 424 p.

- ENNECCERUS, L., en NIPPERDEY, H.C., *Allgemeiner Teils des Bürgerlichen Rechts: ein Lehrbuch*, Tübingen, Mohr, 1959, 855 p.
- HAFERKAMP, H. P., *Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?*, Berlin, Berlin Verl. A. Spitz, 1995, 414 p.
- JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Mohr Siebeck, 1892, 374 p.
- JHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1924, 398 p.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, 236 p.
- LAUFS, A., *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, Berlin, Walter de Gruyter, 1984, 385 p.
- MITTEIS, H., en LIEBERICH, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, München, C.H. Beck, 1971, 327 p.
- SAVIGNY, F.K., *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, Aalen, Scientia, 1973 (Neudruck Ausg. Berlin 1840), 429 p.
- SCHUBERT, C., "BGB § 242 Leistung nach Treu und Glauben", in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Aufl. 2016, Rn. 202 ev.
- WINDSCHEID B. en KIPP T., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, Rütten & Loening, 1906, v. 1.

c) Frankrijk

- CORNIL, G., *Le droit privé*, Paris, Giard, 1924, 147 p.
- IONESCU, O. et RIPERT, G., *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 256 p.
- JOSSERAND, L., *l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927, 426 p.
- PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil Français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, 1047 p.
- RIPERT, G., "Abus ou relativité des droits. À propos de l'ouvrage de M. Josserand: de l'esprit des droits et de leur relativité", 1927, *Revue critique*, t. XLIX, 1929, 33-63.
- RIPERT, G., *la règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1949, 421 p.

- J.J. ROUSSEAU en H. GUILLEMIN, *Du contrat social; Discours sur les sciences et les Arts; Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Union Générale d'éditions, 1963, 371 p.

d) Verenigd Koninkrijk

- BAKER, J.H., *An introduction to English Legal History*, Oxford, Oxford University press, 2007, 600 p.
- EASTWOOD, *Strahan's Digest of Equity*, London, Butterworth & Co., 1939, 642 p.
- HANBURY, H.G. and MARTIN, J.E., *Modern Equity*, London, Sweet&Maxwell, 2001, 937.
- G.W. KEETON, *An introduction to equity*, London, Pitman, 1961, 400 p.
- MEGARRY, R., & BAKER, P.V., *Snell's principles of Equity*, London, Sweet & Maxwell, 1973, 692 p.
- ROGERS, W.V.H., WINFIELD, P.H. and JOLOWICZ, J.A., *Winfield and Jolowicz on Tort*, London, Sweet&Maxwell, 2010, 1143 p.

e) Verenigde staten

- DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1978, 371 p.

B. Rechtspraak

a) België

1. Hof van Cassatie

- Cass. 12 juli 1917, *Pas.*, 1918, I, 65.
- Cass. 13 november 1952, *Pas.* 1953, I, 158; *Arr. Cass.* 1953, 144.
- Cass. 11 april 1958, *Pas.* 1958, I, 867; *Arr. Cass.* 1958, 595, noot R.H.
- Cass. 16 november 1961, *Pas.* 1962, I, 332;
- Cass. 29 november 1962, *Pas.* 1963, I, 405.
- Cass., 26 april 1963, *Pas.* 1963, I, 905; *RCJB* 1963, 116.
- Cass. 11 mei 1970, *Arr. Cass.*, 1970, II, 840.
- Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 32; *Pas.* 1972, 28; *RCJB*, 1976, 300.
- Cass. 10 oktober 1972, *Arr. Cass.* 1973, 146; *RW*, 1972, 718.
- Cass. 28 april 1972, *RW* 1972-1973, 218.

- Cass. 14 oktober 1977, *Arr. Cass.* 1978, I, 210; *Pas.* 1978, I, 197.
- Cass., 29 maart 1982, *Arr. Cass.* 1981-1982, 940; *Pas.* 1982, I, 890.
- Cass. 10 maart 1983, *Arr. Cass.*, 1982-1983, 847; *Pas.* 1983, I, 756.
- Cass. 5 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-1984, 836; *Pas.* 1984, I, 768.
- Cass. 6 april 1984, *Arr. Cass.*, 1983-1984, 1049; *Pas.* 1984, I, 990.
- Cass. 13 april 1984, *Arr. Cass.* 1983-1984, 1084; *Pas.* 1984, I, 1023.
- Cass. 16 januari 1986, *Pas.* 1986, I, 602; *Arr. Cass.* 1985-1986, 683.
- Cass. 18 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-1987, 1441; *Pas.* 1987, I, 1295; *RW* 1987-1988, 503.
- Cass. 19 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-1988; *Pas.* 1988, I, 332; *RW* 1987-1988, 1060.
- Cass. 10 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-1988, 1308; *Pas.* 1988, I, 1213.
- Cass. 19 oktober 1989, *Arr. Cass.* 1989-1990, 238; *Pas.* 1990, I, 212; *RW* 1989-1990, 1254.
- Cass. 30 januari 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992; *Pas.* 1992, I, 475; *RW*, 1993-1994, 203.
- Cass. 14 februari 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992, I, 557; *Pas.*, I, 528.
- Cass. 24 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992, 1129; *Pas.* 1992, I, 1049.
- Cass., 14 november 1997, *Pas.* 1997, I, 1191; *Arr. Cass.* 1997, 1138.
- Cass. 24 september 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1525; *Pas.* 2001, 1469; *RW* 2001-2002, II, 1029.
- Cass. 15 maart 2002, *Arr. Cass.* 2002, 803; *Pas.* 2002, I, 731.
- Cass. 17 mei 2002, *Pas.* 2002, II, 1169; *Arr. Cass.* 2002, 1306.
- Cass. 30 januari 2003, *Pas.*, 2003, I, 227; *Arr. Cass.* 2003, 270.
- Cass. 10 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1031; *Pas.* 2004, II, 996.
- Cass. 25 november 2005, *JT* 2006, 9.
- Cass. 22 september 2008, *Arr. Cass.* 2008, 2005; *Pas.* 2008, 1999; *RW* 2010-2011, 1345.
- Cass. 6 januari 2011, *Pas.* 2011, 44; *Arr. Cass.* 2011, 41; *TBBR* 2012, 388.

2. Hof van beroep

- Gent, 11 april 1834, *Pas.* 1834-1835, II, 95.
- Gent, 27 januari 1854, *Pas.*, 1854, II, 233.
- Gent, 20 november 1950, *R.C.J.B.*, 1953, 270.
- Brussel, 25 februari 1963, *R.G.A.R.*, 1964, 7201.

- Brussel, 10 juni 1965, *Pas.*, 1966, II, 159.
- Brussel, 16 juni 1971, *RW*, 1972-1973, 862.
- Brussel, 16 april 1980, *JT* 1981, 210.

3. Lagere rechtbanken

- Rb. Namen, 24 december 1935, *Pas.*, 1937, III, 58.
- Rb. Charleroi, 7 november 1941, *R.G.A.R.*, 1942, 3672.
- Rb. Leuven, 1 april 1947, *RW*, 1947-1948, 1289.
- Rb. Charleroi, 7 februari 1965, *Pas.*, 1957, III, 103.
- Rb. Tongeren, 8 september 1999, *RW*, 2000-2001, I, 205.
- Vred. Beringen, 7 oktober 1955, *RW*, 1956-57, 627.
- Vred. Verviers, 11 februari 1958, *Jur. Liège*, 1957-1958, 287.
- Vred. Ath, 5 mei 1964, *JT*, 1964, 511.
- Vred.Menen, 12 december 1979, *RW* 1979-1980, 2727.

b) Frankrijk

- Cass. (FR), 26 maart 1862, *Pas.fr.*, 1862, I, 473.
- Cass. (FR), 11 april 1864, *Pas. fr.*, 1864, I, 165.
- Cass. (FR), 24 mai 1965, n° 63-10.859, www.legifrance.gouv.fr.
- Cass. (FR), 7 juin 1990, n° 88-16.277, www.legifrance.gouv.fr.
- Cass. (FR), 20 mars 2002, n° 00-16.015, www.legifrance.gouv.fr.
- Cass. (FR), 30 oct. 2013, n° 12-22.169, www.legifrance.gouv.fr.
- Cass. (FR), 9 juill. 2014, n° 13-15.483, www.legifrance.gouv.fr.
- Cass. (FR), 10 november 2016, n° 15-25113, www.legifrance.gouv.fr.
- Colmar, 2 mei 1855, *Dalloz*, 1856.

c) Verenigd Koninkrijk

- *Day v. Brownrigg* (1878) 10 Ch.D.
- *Shelfer v City of London Electric Lighting Company* (1895) 1 Ch. 287.
- *Kelsen v Imperial Tobacco Co. (of Great Britain and Ireland) Ltd.* (1957) 2 Q.B. 334.
- *Redland Bricks Ltd. Appellants v Morris and Another Respondents*, (1970) A. C. 652.
- *Paton v. Trustees of British Pregnancy Advisory Service* (1979) Q.B. 276.

