

# Ex libris

J. Smits & S. Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen/Groningen: Intersentia Uitgevers 2005, 449 p.

1. Deze bundel is de derde in een reeks van drie. Eerder verschenen onder dezelfde redactie en bij dezelfde uitgever *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht* (2000) en *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* (2002). Elk van de bundels is een vrucht van de onderzoeksgroep Contractenrecht van de onderzoeksschool Ius Commune waarin naast de desbetreffende onderzoeksgroepen van de faculteiten rechtsgeleerdheid in Amsterdam, Leuven, Maastricht en Utrecht regelmatig individuele onderzoekers van elders in en van buiten Nederland deelnemen. Ook in de hier te bespreken bundel is dat het geval.

In de bundel beogen de auteurs – zoals blijkt uit het voorwoord – vier vragen met betrekking tot het uit de titel blijkende thema naar primair Belgisch en Nederlands recht te beantwoorden:

- Hoe geschiedt de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst?
- Welke grenzen stellen openbare orde en grondrechten aan de vrije bepaling van de contractsinhoud door partijen?
- Hoe is de problematiek van simulatie geregeld?
- Op welke wijze heeft de overeenkomst werking buiten de partijverhouding?

Het boek is naar de eigen kwalificatie van de redacteuren vooral een voorbeeld van klassieke rechtsvergelijking. Dat wil zeggen dat sprake is van ‘rechtsvergelijking op microniveau waarin rechtsstelsels gedetailleerd worden beschreven’ (p. I).

2. Bundels als de onderhavige laten zich moeilijk in hun geheel bespreken. De

onderwerpen zijn daarvoor te divers. Des te meer bewondering past dan ook voor het door Jan Smits geschreven samenvattende inleidende hoofdstuk ‘Inhoud en werking van de overeenkomst in België en Nederland’ (p. 1-19). Aan die samenvatting ontleen ik het volgende citaat:

*‘Het is verleidelijk om op grond van het bovenstaande overzicht een algemene conclusie te trekken over de mate waarin Belgisch en Nederlands recht overeenkomen en verschillen. De conclusie zou dan moeten luiden dat beide rechtsstelsels ten aanzien van de meeste behandelde thema’s qua resultaat in hoofdzaak met elkaar overeenkomen (functioneel equivalent zijn), maar op detailpunten en ten aanzien van de weg naar dat resultaat vaak verschillen. Het een noch het ander verbaast.’ (p. 18)*

Die, mogelijk te verwachten, conclusie is echter geen reden voor de Nederlandse jurist die zijn contractenrecht kent, om de bundel dus maar ongelezen te laten. ‘Als de Belgen het net zo doen als wij, behoeft ik mij niet in het Belgische recht te verdiepen’, zou immers een door tijdnood geplaagde practicus kunnen verzuchten. Maar dat is dan toch te snel verzucht zoals bij vergelijking van Smits’ bevindingen met de grondteksten blijkt. Hoewel ik in algemene zin Smits’ conclusie onderschrijf, is wat men concludeert natuurlijk ook afhankelijk van waar het accent wordt gelegd. Ik zie zo hier en daar meer verschil dan alleen *en detail*. Ik licht dat op een enkel punt toe.

3. In onderdeel 2 van de samenvatting bespreekt Smits allereerst de onderwerpen interpretatie, aanvulling en beperking van de partijafpraak. Hij stelt – zoals te doen gebruikelijk is – de (in hoofdzaak) subjectieve en de (in hoofdzaak) objectieve benadering tegenover elkaar, en stelt vervolgens vast dat Nederland en België op dit punt zeer dichtbij elkaar en daarmee tegenover Engeland staan. In Nederland bevinden wij ons – naar bekend – sinds het *Fox*-arrest (2004) op een glijdende schaal tussen het ‘over en weer’ van het *Haviltex*-arrest (1981) en de meer tekstuele uitleg van de CAO-jurisprudentie. In Engeland zou de tekst van het contract het primaat hebben boven de partijbedoeling.

Het is maar hoe je het bekijkt (is dat *Haviltex*-achtig geformuleerd?). Zoals ik

de bijdragen aan de bundel van Vernander en Kornet over respectievelijk uitleg naar Belgisch en naar Engels recht lees, kan ook een wat andere conclusie worden getrokken. Voor België staat volgens Vernander ‘de zoektocht naar de gemeenschappelijke bedoeling van partijen’ nog steeds voorop, al mag de feitenrechter daarbij contextueel te werk gaan, dat wil zeggen ook aan elementen belang hechten die niet in het contract staan (p. 24-25). In de doctrine blijkt men te laveren tussen uitleg in de zin van verduidelijken (*louter uitleggen*) en uitleg geplaatst in de sleutel van door partijen in acht te nemen goede trouw (*normatieve uitleg*).

In dat verband wordt Van Gerven geciteerd, die interpreteren opvat als een activiteit die de maatschappelijke context, de economie van het contract en de goede trouw omvat, en dit samenvat in een formule die zo in het *Haviltex*-arrest zou kunnen staan (p. 33). Maar daarop sluit Vernander af met: ‘Wellicht is het laatste woord hierover nog niet geschreven’ (p. 34). Dat lijkt mij een net wat accuratere constatering met betrekking tot het Belgische recht dan dat ook daar *Haviltex* koning zou kraaien. Een soortgelijke kanttekening plaats ik bij Smits karakterisering van het Engelse recht. In Engeland wordt interpreteren (met nogal wat tegenzin vanuit de praktijk) sinds de *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society*-uitspraak (1998) als minder tekstvast dan voorheen beschouwd. ‘The change has been characterized as a shift from textualism to contextualism’, aldus Kornet (p. 50). Dat wil zeggen: meer richting *Haviltex* en minder *ordinary person on the Claphambus*, zou ik zeggen. Wanneer Smits vervolgens vaststelt dat Belgisch en Nederlands recht goed (passen) bij de uitlegregels die in artikel 5:101 PECL zijn opgenomen, nu deze voorschrijven dat bij geschil over de inhoud van de partijbedoeling moet worden geïnterpreteerd ‘according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances’ (p. 3-4), ben ik geneigd daarin nu juist aanleunen bij de Engelse benadering te lezen.

4. In onderdeel 3 van de samenvatting bespreekt Smits de toetsing van de overeenkomst aan wet, openbare orde en goede zeden alsmede de betekenis van grondrechten op het contractenrecht. Ik plaats een kanttekening bij het laatste

onderwerp. In de bundel wordt dit onderwerp in rechtsvergelijkend perspectief maar met een accent op het Nederlandse recht besproken door Cherednychenko. Een Belgische tegenhanger ontbreekt echter. Maar Smits maakt gelukkig zelf een paar opmerkingen bij het Belgische recht. Naar bekend – in *Contracteren* is over dit onderwerp regelmatig gepubliceerd – lopen de meningen in Nederland uiteen tussen propagering van onderschikking van het contractenrecht aan het constitutionele recht en beklemtoning van de eigen, autonome manier waarop in het privaatrecht aan dezelfde waarden uitdrukking wordt gegeven.

Smits rapporteert nu dat in België in de literatuur specifiek aandacht is gevraagd voor een aspect van het onderwerp dat ook door Cherednychenko wordt behan-

deld, maar dat overigens in de Nederlandse literatuur tot dusver geen bijzondere aandacht heeft gekregen: de omstandigheid dat juist de contractsvrijheid moet worden gewaarborgd tegen grondrechten. Verwezen wordt naar E. Dirix, *Grondrechten en overeenkomsten*, in K. Rimanque (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 35 e.v.; W. van Gerven, Sophie Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2001), p. 54. Sprake is dus van overeenkomst maar ook van verschil tussen Nederlands en Belgisch recht in zoverre als althans de doctrine in België de betekenis van grondrechten voor het contractenrecht niet slechts beziet vanuit het perspectief van de zwakkere partij.

5. Intussen is er een reeks van in de bundel besproken onderwerpen (informatieplichten, overeenkomst en derden – waaronder zijdelingse werking, kwalitatieve verbintenissen, actio pauliana, samenhangende rechtsverhoudingen, bindend advies), waarvoor inderdaad de conclusie past dat in weerwil van het soms bestaande verschil in juridische techniek, de uitkomst naar Nederlands en Belgisch recht dezelfde of verwant is.

Ik herhaal nog eens dat de bundel daarmee voor de rechtspraktijk niet aan betekenis inboet. Integendeel, nogmaals, het is altijd goed bedacht te zijn op de technisch-juridische verschillen, al was het maar om te weten wanneer inschakeling van een specialist van buiten geboden is.

*Prof. mr. F.W. Grosheide*