

Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent

Academiejaar 2008-09

Common law en Civil law in Europa: het onderscheid vervaagt

Masterproef van de opleiding
'Master in de rechten'

Ingediend door

Nolf Yara

(studentennr. 20042415)
(major: Burgerlijk en Strafrecht)

Promotor: Dr. Maud Piers
Commissaris: Prof. Dr. Mark Van Hoecke



Inhoudsopgave

Inleiding.....	4
Hoofdstuk 1 – Common law en Civil law: waar komen ze vandaan?.....	5
Afdeling 1: Historische schets van Common law.....	5
Afdeling 2: Historische schets van Civil law.....	10
Hoofdstuk 2 – Geografische oriëntatie van Common law en Civil law.....	16
Afdeling 1: Landen met Civil law-stelsels.....	16
Afdeling 2: Landen met Common law-stelsels.....	17
Afdeling 3: Keuze van onderzoekslanden en motivering van deze keuze.....	17
Hoofdstuk 3 – Het Common law-stelsel	19
Afdeling 1: Inhoud van het begrip “Common law”	19
Afdeling 2: Algemene kenmerken.....	21
Afdeling 3: Bronnen van het recht.....	23
§1. Rol van de wetgever	23
§2. Ontwikkeling van recht door de rechter: de precedentenleer.....	29
§3. Rechtsleer.....	37
§4. Gewoonte.....	38
§5. Hiërarchie van de rechtsbronnen.....	39
§6. Het rechtsonderwijs in Common law.....	40
Hoofdstuk 4 – Het Civil law-stelsel.....	45
Afdeling 1: Algemene kenmerken.....	45
Afdeling 2: Bronnen van het recht.....	48
§1. Wetgeving.....	49
§2. Rechtspraak.....	51
§3. Rechtsleer.....	55
§4. Gewoonte.....	56
§5. Hiërarchie van de rechtsbronnen.....	56
§6. Het rechtsonderwijs in Civil law-landen.....	57

Hoofdstuk 5 – Een toepassing op het contractenrecht: de goede trouw in Common law en Civil law

.....	60
§1. Goede trouw in het Engels recht.....	61
A. De precontractuele fase in het Engels contractenrecht.....	63
B. Implied terms.....	68
C. Duress.....	71
D. Undue influence.....	77
E. Inequality of bargaining power.....	82
F. De Europese richtlijn inzake consumentenbescherming bracht veranderingen in het Engels gedachtegoed.....	83
G. Hoe staat het Engels recht vandaag ten opzichte van goede trouw?	86
§2. Goede trouw in Civil law-landen.....	90
A. Het principe van goede trouw.....	90
B. Is goede trouw ook in de precontractuele fase aan de orde?.....	96
Hoofdstuk 6 – Andere gebieden waar het vervagend onderscheid tot uiting komt.....	100
§1. Het EU-recht in beide stelsels.....	100
§2. Gemengde stelsels: Schotland.....	103
Hoofdstuk 7 – Grootste gelijkenissen en verschillen tussen Common law en Civil law: vroeger en nu	106
Afdeling 1: Overeenkomsten.....	106
Afdeling 2: Verschillen.....	108
Conclusie.....	111
Bibliografie.....	113
Bijlagen.....	121

Inleiding

Het recht in de wereld is zeer verscheiden. Elk land heeft zijn eigen manier van werken en recht maken. Toch kunnen enkele categorieën van rechtstradities onderscheiden worden, waaronder nagenoeg elk rechtstelsel kan worden ondergebracht. Common law en Civil law zijn twee van de grootste en bekendste rechtstradities ter wereld. Ongeacht welke theorie van rechtstradities men erop naleest, beide rechtstelsels komen zo goed als in iedere theorie voor. Natuurlijk zeggen deze benamingen niet veel. Wat houden deze tradities in, waar ligt hun oorsprong, wat zijn hun voornaamste kenmerken en waarin verschillen de stelsels van elkaar? Deze en nog veel meer vragen worden in deze studie beantwoord. Er wordt nagegaan waar beide stelsels ontstaan zijn. Daarbij sluit een geografische schets aan van de plaatsen waar beide stelsels actief zijn. Ook de algemene kenmerken van zowel Civil law als Common law kunnen niet onberoerd blijven en komen hier dan ook aan bod. Vervolgens moet er ook iets gezegd worden over de verschillende bronnen van recht en hun plaats binnen de rechtstradities. Hierbij wordt zowel wetgeving, rechtspraak, rechtsleer als gewoonte bestudeerd. Bovendien wordt er ook aandacht besteed aan het rechtsonderwijs.

De hamvraag in deze studie is echter waarin deze twee rechtstradities van elkaar verschillen en in welke mate die kloof reeds overbrugd werd. Als men immers de geografische oorsprong van beide stelsels voor ogen houdt, ziet men dat Civil law en Common law niet zo ver van elkaar liggen. De voedingsbodem van Common law ligt in Engeland, terwijl Civil law hoofdzakelijk op het Europese continent actief is. Door hun nabijheid kan het bijna niet anders dan dat zij elkaar beïnvloeden en zelfs elementen van elkaar overnemen. Of dat effectief zo is, wordt in deze studie onderzocht. Daarbij worden beide stelsels naast elkaar geplaatst en vergeleken qua algemene kenmerken, maar ook wat rechtsbronnen betreft. Daarenboven wordt één specifiek element uit beide stelsels, met name goede trouw, uitgebreid geanalyseerd. Uit het onderzoek naar de plaats, rol en betekenis van goede trouw in beide tradities zal blijken of Common law en Civil law effectief naar elkaar toegroeien, dan wel nog verder van elkaar verwijderd geraken. Goede trouw is echter niet het enige wat het al dan niet vervagend onderscheid kan aantonen. Er zijn nog vele andere elementen die de toenadering of verwijdering kunnen aanduiden. Uit dit amalgaam aan mogelijke onderwerpen werd het Europees recht en het gemengd stelsel van Schotland geselecteerd. Zij zijn immers het best geschikt om de mogelijke toenadering of verwijdering aan te tonen.

Ten slotte worden de gelijkenissen en verschillen tussen beide stelsels op een rijtje gezet. Aan de hand daarvan zal men eindelijk het langverwachte antwoord krijgen op de prangende vraag of het onderscheid tussen Common law en Civil law werkelijk vervaagt.

Hoofdstuk 1 – Common law en Civil law: waar komen ze vandaan?

Afdeling 1: Historische schets van Common law

1. Common law vindt zijn oorsprong in de Engelse geschiedenis. In 1066 werd Engeland ingenomen door de Normandische heerser William the Conqueror, ofte Willem de Veroveraar. Het verdict viel in de slag bij Hastings. Voor de komst van de Normandiër bestond er geen Engels recht. Het was een wirwar van ongeschreven lokale regels en gewoonten¹. De overheersing bracht een groep zeer competente juristen en administratief bedienden met zich mee die in dienst stonden van een Lord die zijn macht via overheersing afdwong². Bij de komst van een nieuwe heerser horen natuurlijk ook heel wat veranderingen. Zo werd het feodale leenstelsel in Engeland geïntroduceerd. Dit systeem was immers een van de hoekstenen van de Normandische staat. De essentie van dit stelsel is dat de koning de enige volle eigenaar is van alle grond in het koninkrijk. Het volk krijgt dan een stukje grond in bruikleen in ruil voor het verrichten van diensten voor de koning. Dit grondstelsel had op het Europees Continent voor verdeeldheid gezorgd en resulteerde in het uiteenvallen van het recht in een amalgaam van gewoonterechtelijke stelsels. Maar in Engeland werd het hele grondgebied beschouwd als één groot leengoed. In plaats van het recht en de politieke macht van de heerser te verdelen, slaagde het feodale stelsel erin om de centrale politieke macht te versterken en voorzag het in een ideale voedingsbodem om een stabiel rechtssysteem uit te bouwen. Willem was vastberaden om het feodale systeem te gebruiken om de koninklijke centrale macht te versterken en daarin slaagde hij met glans³. Oorspronkelijk was de Normandische invaller wel een andere mening toegedaan. Toen Willem aan het hoofd van Normandië stond, was hij één van de grote tegenstanders van koninklijke macht en autoriteit en slaagde hij erin elke poging van de Franse koning om de macht van de barons te limiteren, te doen falen. Maar eens aan het hoofd van Engeland had hij een heel andere kijk op de zaken. Hij gebruikte ieder middel die hem ter beschikking stond om de macht van de barons te beperken, zijn centraal gezag te versterken en hen te onderwerpen aan zijn autoriteit⁴. Het feodale stelsel was één van die middelen. Koning Willem wou

¹ J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 9.

² A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 12.

³ A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 12.

⁴ J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 9.

alle touwtjes in handen hebben. Dus zorgde hij ervoor dat hij alles in zijn bekwame handen had en iedereen in functie van hem werkte⁵.

Hij slaagde erin zijn macht te vestigen door het feodaal stelsel te hanteren, maar hij wou nu ook eenheid bereiken op juridisch vlak. In plaats van een wet in te voeren die al het lokale gewoonterecht samenbracht, richtte Willem een centrale rechtbank op, de *King's Court*. Hij verdeelde de bevoegdheid tot berechten over zijn rechters en zij beoordeelden alle zaken die betrekking hadden op de koninklijke macht en dan vooral op de inkomsten van de koning⁶. Vanaf de twaalfde eeuw had hij het lumineuze idee gekregen zijn rechters uit te sturen naar de verschillende lokale rechtbanken om daar zaken te horen. De motivering die Willem gebruikte, was dat de koning bezorgd was om elk probleem, zij het nu privé of openbaar, administratief of strafrechtelijk en dat het zijn taak was om de vrede in het land te handhaven en te garanderen. Het resultaat was dat elke zaak die ook maar enigszins het nationaal belang raakte door de koninklijke rechtbanken werd geregeld. De lokale rechtbanken bleven bevoegd voor lokale aangelegenheden, maar toch ondervonden zij nadelen omdat zij minder zaken konden behandelen. Deze machtsverschuiving stuitte dan ook op hevig protest van de lokale barons die hun macht en hun inkomsten zagen slinken. Zij probeerden zoveel mogelijk hun macht en bevoegdheden te behouden en slaagden daar ook eventjes in. Maar uiteindelijk moesten ze toch buigen voor de oppermacht van de koning. Het is die uitzonderlijke rechtsmacht van de koning die ervoor gezorgd heeft dat er centralisatie en eenvormigheid kwam: lokale aangelegenheden kwamen voor de lokale rechters, zaken van algemeen, nationaal belang werden voor de nationale rechtbanken gebracht. Oorspronkelijk paste de centrale rechtbank het lokale gewoonterecht toe van de plaats waar de zaak zich had voorgedaan. Maar langzaam aan werd dit een onhoudbare toestand voor de rechtbank, zij moest immers alle verschillende gewoonterechten kennen. Daardoor ging men beetje bij beetje gelijkaardige zaken op dezelfde manier gaan behandelen. Dit evolueerde naar een praktijk waarbij iedere zaak in overeenstemming met voorgaande en gelijkaardige zaken werd berecht. Het resultaat was een rechtssysteem op basis van de rechtspraak, ook wel bekend als precedentenrecht. Tegen het einde van deze eeuw was de *King's Court* het machtigste rechterlijke orgaan van het rijk. Het recht van de koninklijke rechtbank werd één recht dat gemeenschappelijk was aan het volledige rijk en dat alle kleine, lokale eigenaardigheden van het vroegere Engelse recht had opgeslorpt. Tegen het midden van de

⁵ J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 9; A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 12.

⁶ J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 9.

dertiende eeuw had de rechtbank het common law van Engeland gecreëerd⁷. Common law was geboren!

2. Één van de grootste consequenties van de centralisatie van macht en recht was dat het een groot obstakel vormde voor de mogelijke receptie van het Romeins recht. Beweren dat het Romeins recht geen enkele invloed heeft gehad op Common law, zou te sterk uitgedrukt zijn. In de twaalfde eeuw werd er, net zoals in Italië, les gegeven over het recht van het oude Rome aan de universiteit van Oxford en later ook Cambridge. De Engelse geleerden deden inspiratie op bij hun collega's op het continent over studie, inzichten en het structureren van hun rechtsmateriaal. Romeins recht had toch wat impact op de Engelse rechtswetenschap. Maar door dit relatief vroege contact met het Romeins recht was het common law al vroeg van een behoorlijk hoog niveau, zodat er geen nood meer was aan de latere Romeinse rechtswetenschap⁸.

Romeins recht had echter de grootste invloed op het common law via het canoniek recht, het kerkelijk recht. Deze rechtstak was grotendeels gebaseerd op Romeins recht. Op verschillende momenten in de Engelse geschiedenis speelden de kerkelijke rechtbanken, rechters en geleerden een gewichtige rol in de creatie van het recht in Engeland. Maar toch slaagde het Romeins recht er niet in om zijn stempel te drukken op het common law. Het drong niet ver genoeg door, het bracht geen doorslaggevende verandering in de manier van denken en het Corpus Iuris Civilis (basisbron van de receptie van het Romeins recht) nam nooit een prominente plaats in de rechtsvorming in⁹. Het Engelse recht kenmerkt zich immers niet door de receptie van Romeins recht, maar door het ontstaan van een nieuw rechtscorpus, ontwikkeld door de koninklijke rechtbanken en dit zonder enige invloed van Romeins of canoniek recht¹⁰.

3. Kort na het ontstaan van de oppermacht van de *King's Court* ontstonden moeilijkheden bij de toepassing en handhaving van het recht door deze rechtbank. Om het hoofd te bieden aan dit probleem nam de *Lord Chancellor*, de eerste minister, het heft in handen¹¹. De rechtbanken werkten tot dan toe namelijk met zogenaamde '*writs*'. Een *writ* was het bevel van de Koning aan zijn onderdaan in de rechtbank om aan de vragen van de eiser (degene die de hulp van de koning had ingeroepen en naar de rechtbank was gestapt) te voldoen, tenzij deze zich voor de common law-

⁷ J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 10; A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 12-13.

⁸ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 120.

⁹ A.T. VON MEHREN en J.R. GORDELY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 13.

¹⁰ K.W. RYAN, *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 23.

¹¹ J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 11.

rechter zou kunnen rechtvaardigen; het was een bevelschrift van de koning dat een procedure voor een koninklijk hof opstartte¹². Het formuleren en uitvaardigen van dergelijke *writs* was een bevoegdheid die de Koning aan de *Lord Chancellor* had toevertrouwd. Zo kreeg de *Lord Chancellor* een belangrijke taak toegewezen en nam zijn rol in de rechtsbedeling enorm toe. In essentie was de uitgifte van een writ een wetgevende daad. De Lord Chancellor kreeg dus een zeer gewichtige taak toegewezen. Oorspronkelijk werden deze *writs* van geval tot geval uitgereikt, maar om praktische redenen was dit niet houdbaar. Daarom begon men een soort standaardformules te creëren, die dan in gelijkaardige procedures werden gebruikt. Deze vergemakkelijkten de werking van het precedentensysteem. Langzamerhand ontwikkelde zich een register, het *register brevium*, waarin alle bestaande *writs* te vinden waren. Het kwam er dan op aan om als vragende partij na te gaan of er een *writ* voorhanden was, die op die specifieke zaak kon worden toegepast. Was er een *writ*, dan kreeg men toegang tot de rechtbank. Was er geen *writ*, dan had men pech en kon men zijn zaak niet voor de rechter brengen. Tegen deze gang van zaken kwam protest, vooral omdat men niet naar de rechter kon als men geen *writ* had, maar ook omdat het belang van de lokale rechtbanken zo drastisch afnam. Als antwoord daarop werd in de tweede *Statute of Westminster* van 1258 een bepaling opgenomen, die stipuleerde dat *writs* alleen nog konden ontstaan '*in consilimi casu*', m.a.w. dat *writs* alleen nog konden ontstaan als er voor gelijkaardige zaken al *writs* bestonden. Het kwam er eigenlijk op neer dat er naast de bestaande *writs* geen nieuwe meer mochten worden gecreëerd. Niet alleen de *Statute of Westminster* bracht verandering, maar ook de *Provisions of Oxford* van 1258 voorzagen in iets gelijkaardigs. Deze Provisions stelden dat in het rijk maar slechts nieuwe writs mochten worden uitgevaardigd als ze aansloten bij de reeds bestaande writs, *in consilimi casu* dus. Hiermee kwam eigenlijk een einde aan de gestage uitbreiding van Common law en hevelde men de taak van het maken van recht over naar het Parlement waar men de echte wetgever in zag. Uitbreiding van het recht kon vanaf dan alleen maar nog gebeuren door wetgeving, zijnde statutes. In de beginfase na de tweede *Statute of Westminster* en de *Provisions of Oxford* kon het common law wel nog verder ontwikkelen omdat het begrip ruim geformuleerd was, maar het duurde niet lang voor het recht begon te verstarren¹³.

De groep burgers die geen gehoor kregen bij de rechtbanken nam enorm toe en de ontevredenheid rees de pan uit. Men had er niet beter op gevonden dan naar de Koning zelf te trekken. In plaats van een oplossing te zoeken bij de rechtbanken, deed men een beroep op de goedheid van de Koning. Ze probeerden zijn billijkheid aan te spreken. Hoe meer het common law het liet afweten, hoe meer mensen naar de Koning trokken. De werklast werd te groot voor de heerser. Net zoals bij het

¹² D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 119.

¹³ C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 4-5.

ontstaan van het common law, werd opnieuw de bevoegdheid van de Koning gedelegeerd aan een onderdaan, één van zijn meest vooraanstaande medewerkers, de *Lord Chancellor*. En net zoals de common law-courts werden ontwikkeld, ontstond hier het '*Court of Chancery*'. De *Lord Chancellor* sprak recht volgens zijn eigen overtuigingen en wanneer het common law geen oplossing bood, zorgde de *Lord Chancellor* wel voor een antwoord. Dit recht, ontstaan als reactie op common law, werd '*equity*' genoemd en werd door de *Equity Courts* toegepast. Het kreeg deze naam mee omdat het een beroep deed op de welwillendheid van de Koning, omdat het antwoord van de *Lord Chancellor* gebaseerd was op de billijkheid en bovendien omdat het niet gebonden was door enige common law-regel of -precedent. Equity vulde in principe de lacunes in het common law aan, maar kwam er bewonderenswaardig genoeg nooit mee in botsing. Dit kan verklaard worden door middel van het gezegde '*equity follows the law*'. Equity kwam immers tot stand op een zeer gelijkaardige manier als common law, het vormde een aanhangsel van het common law met correcties erop. Deze tweede rechtstak vervulde een aanvullende functie ten opzichte van het common law, geen concurrerende functie: het bood een antwoord wanneer common law er geen had¹⁴.

4. Tot de zestiende eeuw werd het recht in Engeland gekenmerkt door stevigheid en standvastigheid, maar in deze periode kwam het common law onder druk te staan. Er kwam kritiek op de werkwijze van dit systeem en er gingen stemmen op om over te gaan tot een algehele receptie van het Romeins recht. Verschillende factoren zorgden ervoor dat het common law deze crisisperiode overleefde: de heerser van dat moment was van oordeel dat het beter was om de oude instituten te hervormen en aan te passen aan de nieuwe noden in plaats van ze volledig af te schrijven; daarnaast zorgde de equity en zijn Court of Chancery voor mildering van de kritiek; bovendien werd het common law ook nog steeds gebruikt en gepropageerd door de rechtbanken. Sinds deze crisis werd het common law nooit meer met zo'n aanzienlijk gevaar geconfronteerd¹⁵.

5. De verdeling van het recht in twee verschillende systemen, common law en equity, die elk door andere rechtbanken werden gehandhaafd, zorgde op termijn wel voor ernstige problemen. Vaak moesten nauw verbonden rechtsvorderingen voor twee aparte rechtbanken worden gebracht en berecht. Het is dan ook gemakkelijk aan te nemen dat dit voor verwarring en onzekerheid zorgde bij de rechtszoekende. Het duurde uiteindelijk toch nog tot de tweede helft van de negentiende eeuw voor er een oplossing voor dit probleem kwam. In de Judicature Acts 1873-1875 werd een fusie

¹⁴ C. Æ. UNIKEN VENEMA, Van common law en civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaans recht, in vergelijking met het Nederlandse, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 8-11; E.C.M. WOLFERT, *De kwaliteitsrekening*, Deventer, Kluwer, 2007, 97-98; W.J. ZWALVE, C. Æ. Uniken Venema's *Common law and Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 43-45.

¹⁵ K.W. RYAN, An introduction to the Civil law, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 25.

tussen de rechterlijke instellingen bewerkstelligd. Sindsdien is er maar één rechterlijke organisatie meer bevoegd voor rechtsvorderingen op grond van het common law en op grond van equity. Er is een procesrechtelijke fusie gekomen, maar dit heeft niet gezorgd voor een materieelrechtelijke fusie. Inhoudelijk blijft het onderscheid tussen het common law en equity wel degelijk bestaan. Dit heeft ook zijn nut, aangezien de rechter ten aanzien van een equity-vordering een veel ruimere beoordelingsbevoegdheid heeft dan ten aanzien van een common law-vordering¹⁶.

6. Common law en equity waren de twee basiselementen van de Engelse rechtsstaat. Deze twee systemen zorgden voor een zeer stabiele samenleving. Ze hebben allebei de tand des tijds doorstaan en zijn gedurende de volledige geschiedenis van het Common law actief gebleven. Tot op de dag van vandaag werkt Common law nog steeds op basis van deze twee systemen van common law en equity. Ook de functie van Lord Chancellor bestaat nog steeds en is nu te vergelijken met het ambt van Minister van Justitie¹⁷. Willem de Veroveraar is in zijn opzet geslaagd. Zijn nalatenschap leeft nog verder tot op vandaag.

Afdeling 2: Historische schets van Civil law

7. Algemeen wordt aangenomen dat Civil law ontstaan is uit Romeins recht en in principe ook alleen maar uit Romeins recht. In de meest strikte betekenis van de zin klopt deze stelling niet. Eigenlijk is Civil law het resultaat van een mengeling van drie grote rechtssystemen, zijnde het Romeinse recht (in hoofdzaak het recht dat door keizer Justinianus opgetekend is), het Germaanse gewoonterecht en het canoniek recht¹⁸.

8. Één van de meest essentiële rechtsbronnen van Romeins recht is het Corpus Iuris Civilis van Justinianus. Civil law is in hoofdzaak op dit uitgebreide werk gebaseerd. Toen Justinianus besloot een soort encyclopedie van Romeins recht te creëren, bestond het recht uit twee grote componenten, het *ius* en de *leges*. Het *ius* stond voor het ontstaan van het corpus gelijk aan het recht dat neergeschreven was door de grote juristen van de Klassieke periode (ook wel het Principaat genaamd, lopend van ongeveer 27 voor Christus tot 285 na Christus). De *leges* daarentegen was het recht van de wetgever of nog van de Keizers, die de macht hadden om wetgeving uit te vaardigen¹⁹. Justinianus was van oordeel dat er maar eens werk moest worden gemaakt van een allesomvattende

¹⁶ C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van common law en civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 13-14.

¹⁷ C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van common law en civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 4.

¹⁸ K.W. RYAN, *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 1.

¹⁹ K.W. RYAN, *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 1-2.

codex van al het Romeins recht dat toen bestond en werkzaam was. Hij stelde een commissie aan om deze taak te volbrengen en daar slaagden ze ook in. De codex moest volgens de keizer alle wetgeving samenbrengen, maar daarmee was zijn taak nog niet voltooid. Er moest immers ook gedacht worden aan een collectie van het *ius*. Daarom gelaste hij de commissie met een tweede taak, namelijk de bestaande geschriften van vooraanstaande juristen samenbundelen²⁰. Het was immers zijn doel om een werk te ontwikkelen waarin alles, maar dan ook alles terug te vinden was. Justinianus' collectie omvatte vier delen. Het eerste deel was de Codex. Deze codex bevatte de keizerlijke verordeningen, Constitutiones, uit de periode van Hadrianus. In 529 was de codex af en trad het in werking. Daarnaast werden de geschriften van juristen samengevoegd in een boek dat de naam Digesten meekreeg of ook wel in het Grieks Pandecten genaamd. Dit boek werkte de commissie af in 533. In datzelfde jaar zag een derde onderdeel het daglicht. Dit moest een beknopte uiteenzetting worden van het Romeins recht en moest dienen voor het rechtsonderwijs, in hoofdzaak eerstejaarsstudenten. Het werd geconcipieerd in vier leerboeken naar het voorbeeld van de Instituten van Gaius. Deze leerboeken werden tot Institutiones gedoopt²¹. Net zoals de Digesten, kregen ook zij kracht van wet²². Een jaar later, in 534, werd de codex herwerkt en kreeg het de nieuwe naam Codex Repetitae Praelectionis²³. Dit alles samen stond bekend als het Corpus Iuris Civilis. Natuurlijk was de keizer na het in werking treden van het Corpus niet blijven stilzitten. Ook al had men nu een allesomvattend werk voorhanden, toch was er nog nieuwe wetgeving nodig voor de goede organisatie van de veranderende maatschappij²⁴. Dit stuk maakte oorspronkelijk geen deel uit van het Corpus, maar mocht natuurlijk niet ontbreken. De keizerlijke regelgeving werd samengevoegd en werd onder de naam Novellen bij het Corpus gevoegd²⁵.

Het succes van het Corpus Iuris Civilis was niet bijzonder groot. Reeds voor het tot stand komen van het Corpus was het West-Romeinse Rijk ten val gekomen in 476 door invallen van de Germanen, nog voor Justinianus aan het Corpus dacht. Het Oost-Romeinse Rijk hield wel stand en in 527 kwam Justinianus er aan de macht. Na de dood van Justinianus bleef het Corpus nog bestaan, maar het had slechts een zeer geringe impact, omdat het in het Latijn geschreven was en de meerderheid van de bevolking in het Oosten Grieks sprak²⁶. In het Westen drong het Corpus ook niet echt door. Bovendien was het Romeins recht voor de Germaanse verovering al niet zeer populair. Het leefde als

²⁰ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 76.

²¹ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 75-77.

²² T.G. WATKIN, *An historical introduction to Modern Civil law*, Aldershot, Ashgate, 1999, 64.

²³ http://nl.wikipedia.org/wiki/Corpus_Iuris_Civilis (consultatie 24 april 2008).

²⁴ K.W. RYAN, *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 5; T.G. WATKIN, *An historical introduction to Modern Civil law*, Aldershot, Ashgate, 1999, 65.

²⁵ http://nl.wikipedia.org/wiki/Corpus_Iuris_Civilis (consultatie 24 april 2008).

²⁶ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 78.

een soort gewoonterecht onder de bevolking. De Germanen hadden echter niet de bedoeling om één groot verenigd rijk te creëren. Ze verwierpen een centrale politieke autoriteit zoals dat in het West-Romeinse Rijk voorkwam²⁷. De Germaanse overheersers hadden de mogelijkheid om hun eigen systeem op te leggen, maar dat vonden zij niet nodig²⁸. Het Romeinse volk mocht zijn eigen recht behouden en zo leefde het Romeinse recht voort, naast het Germaanse gewoonterecht. Maar dit Romeins recht was niets meer dan gewoonterecht, het kende het Corpus helemaal niet²⁹. Men had ook geen nood aan dergelijk goed gestructureerd en ondersteunend rechtssysteem: de handel raakte in verval, de hoofdzakelijke economische activiteit was agricultuur en het eigendomsrecht was gebaseerd op het feodaal systeem. Een gewoonterechtelijk rechtssysteem volstond³⁰. Een belangrijk principe dat de Germanen daarbij hanteerden, was het personaliteitsprincipe. Dat hield in dat men leefde en beoordeeld werd volgens het recht van het volk waartoe men behoorde. Dit principe hadden de Germaanse invallers aangetroffen in het Romeins recht zelf. Voor de invallen waren al vele Germanen geëmigreerd naar het Romeinse Rijk en de Romeinen lieten toe dat zij verder leefden volgens hun eigen rechtssystemen³¹. Rond het begin van de negende eeuw ondernam Karel de Grote een poging om het Rijk te verenigen en het West-Romeinse Rijk te doen heropleven. Deze poging was weinig succesvol. Na Karel de Grote viel het Westen nog verder uiteen. Het personaliteitsbeginsel moest plaats ruimen voor het territorialiteitsbeginsel: het volk werd vanaf dan beoordeeld volgens het recht van de plaats waar men woonde. Dat betekende echter niet dat iedereen volgens hetzelfde recht werd beoordeeld. Het recht was enorm verdeeld. Bovendien vierde het gewoonterecht hoogtij. De koppeling van de persoon aan het recht van de plaats waar men zich bevond, resulteerde toch in een beperkte synchronisatie van het recht en dit door de onderliggende oorsprong van het recht, namelijk Romeins of Germaans. In het mediterrane gebied kwam men grotendeels recht met Romeinse elementen tegen, de rest van het gebied was eerder Germaans getint. Het onderscheid tussen deze twee takken van gewoonterecht was later van groot belang in Frankrijk. Het land was immers opgedeeld in twee delen: de *pays de droit coutumier*, het noorden van het land waar het Germaanse gewoonterecht overheerste en de *pays de droit écrit*, de zuidelijke regio van Frankrijk waar het Romeins gewoonterecht de hoofdrol speelde³². Deze opdeling hield zelfs

²⁷ A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 4.

²⁸ K.W. RYAN, *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 5-6.

²⁹ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 79-80.

³⁰ A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 4-5.

³¹ K.W. RYAN, *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 6.

³² D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 83-84; A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 10.

stand tot 1965. Circa 1100 kwam er echter verandering in de gestagneerde gewoonterechtelijke traditie.

Bij het begin van de twaalfde eeuw kwam het Corpus Iuris Civilis weer ten tonele. Men kreeg weer toegang tot het werk van Justinianus en men ontdekte opnieuw de waarde van dit corpus. Door de ontwikkeling van de steden, de heropleving van de handel en andere factoren was er nood aan een vernieuwing van het recht³³ en in Italië lag de keuze voor Romeins recht nogal voor de hand, aangezien het in die regio het sterkst was blijven leven en het daar nooit tot het niveau van de barbaarse Germanen gezakt was³⁴. Samen met de herontdekking van het Corpus Iuris Civilis ontwikkelde zich een vorm van rechtswetenschap. Universiteiten ontstonden en natuurlijk werd daar het Romeinse recht gedoceerd. De bakermat van de rechtswetenschap bevindt zich in Bologna en het was ook aan deze universiteit dat op het einde van de elfde eeuw de eerste lezingen werden gegeven over het Corpus Iuris Civilis door de geleerde Irnerius³⁵. Één van de voornaamste doelstellingen van de geleerden aan de Italiaanse universiteit was het recht opnieuw als een wetenschap te beschouwen en te gebruiken³⁶. De renaissance van het Romeins recht was een feit. Het recht werd op verschillende manieren bestudeerd. De eerste belangrijke onderzoekers van het Corpus waren de Glossatoren. Zij verklaarden het Corpus Iuris Civilis door er in de marge of tussen de regels korte opmerkingen bij te schrijven over de vergelijking van een bepaalde passage met een andere tekst, een moeilijkheid of een mogelijke oplossing. Dergelijke opmerking werd een glosse genoemd, vandaar de benaming van deze geleerden. Hun grootste verwezenlijking was de basisglosse van Accursius, waarin hij alle bestaande glossen samenvoegde en samenvatte³⁷. Hun opvolgers waren de Commentatoren. Zij schreven uitgebreide commentaren bij het Corpus en de Glosse van Accursius en werkten voort op de inspanningen van de Glossatoren. In deze school kwam de nadruk zelfs meer op de Glosse te liggen dan op het Corpus zelf³⁸. De Humanisten, vervolgens, onderscheidden zich van de vorige twee scholen doordat ze het Corpus Iuris Civilis zagen als een product van de maatschappij waarin het tot stand kwam en niet als een tijdloze autoriteit. Deze school kwam tot stand door hun kritiek op de vorige scholen, aangezien zij vonden dat de Glossatoren en de Commentatoren niet genoeg aandacht besteedden aan het Corpus. Door deze nieuwe visie kwam het Corpus en zijn structuur in het middelpunt van de belangstelling te staan.

³³ A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system*, Boston, Little Brown, 1977, 7.

³⁴ K.W. RYAN, *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 10.

³⁵ A.T. VON MEHREN J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 7.

³⁶ K.W. RYAN, *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 10.

³⁷ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 92-94; A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 9.

³⁸ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot op heden*, Gent, Academia Press, 2005, 95-96.

Deze geleerden realiseerden zich ook dat het Corpus het recht was van een samenleving die enorm verschilde van degene waarin zij leefden³⁹. Hieruit ontstond de nieuwe tendens om het Romeins recht te kaderen in en aan te passen aan de gegeven maatschappelijke context: aan het recht werden correcties uitgevoerd en zo verkreeg men een rechtssysteem dat gebaseerd was op het Romeins recht, maar tegelijk volledig aangepast was aan de noden van de huidige samenleving⁴⁰. Het Romeins recht bood daarbij een perfecte voedingsbodem voor een ééngemaakt en gemeenschappelijk recht voor Europa. Het lag immers aan de basis van de meeste reeds actieve gewoonterechtelijke systemen in West-Europa⁴¹. Deze geactualiseerde studie van het Romeins recht mondde uit in een gemeenschappelijk recht voor heel Europa, het *ius commune*. Tegenhanger van het *ius commune* is het *ius proprium*, het gewoonterecht⁴².

9. De heropleving van het Romeins recht had ook zijn invloed op het recht van de Kerk, het canoniek recht. Het Romeins recht was altijd al blijven verder leven binnen de kerkelijke samenleving. De Kerk had, net als elke andere samenleving, nood aan regelgeving voor een goede organisatie⁴³. Het canoniek recht voorzag in dergelijk systeem van regelgeving voor zijn eigen instellingen en werking. Dit canoniek recht had voor een groot deel zijn inspiratie gevonden in het Romeins recht. Het was een rechtssysteem dat eigenlijk altijd was blijven bestaan. Net als het Romeins recht werd ook het canoniek recht aan de universiteiten bestudeerd. Het systeem had echter een probleem: ze had geen allesomvattende collectie van de bestaande wetgeving. Na veel werken en het uitbrengen van verzamelingen bereikten ze hun doel en werd het Corpus Iuris Canonici dé rechtsbron van de Kerk⁴⁴. Het Romeins recht en het canoniek recht waren aan elkaar gewaagd en hebben elkaar en het Civil law dan ook sterk beïnvloed.

10. Het *ius commune* verspreidde zich over heel Europa, maar daarnaast bestond ook nog gewoonterecht. Gedurende lange tijd overheerste het Romeins recht, maar vanaf de zestiende eeuw vormde zich samenhang tussen beide. Men zag ze niet meer zo zeer als twee concurrenten, maar men ging een andere richting uit. Aan de hand van het Romeins recht probeerde men het gewoonterecht te unificeren. De doelstelling was om een gemeenschappelijk gewoonterecht te creëren. Hierdoor ging men echter meer focussen op het recht dat in de eigen streek gold, wat

³⁹ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 97-98.

⁴⁰ J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 14.

⁴¹ A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 8.

⁴² D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 91.

⁴³ K.W. RYAN, *An Introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 13-14.

⁴⁴ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 99-100; K.W. RYAN, *An Introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 13-15.

aanleiding gaf tot de-europeanisering en nationalisering van het recht⁴⁵. Uiteindelijk heeft deze tendens zich doorgetrokken en ontstonden er verschillende nationale rechtssystemen. De verschillende codificatiebewegingen brachten verschillende nationale codes voort. Maar allemaal zijn ze geïnspireerd op het Romeins recht zoals het door de geschiedenis heen is doorgegeven.

11. Civil law is bijgevolg de rechtstraditie die overwegend gebaseerd is op Romeins recht, dat ervoor zorgde dat verschillende nationale rechtssystemen een gemeenschappelijke basis hebben en zo tot deze rechtstraditie kunnen worden gerekend.

⁴⁵ D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 114-115.

Hoofdstuk 2 – Geografische oriëntatie van Common law en Civil law

Afdeling 1: Landen met Civil law-stelsels

12. De landen, die met het Civil law-systeem werken, kunnen in verschillende groepen worden opgedeeld. Een eerste grote en belangrijke groep is het Franse Civil law, bestaande uit Frankrijk, België, Nederland, Luxemburg, Italië, Spanje en vroegere kolonies van deze landen. Naast het Franse Civil law staat een tweede groep, namelijk het Duitse Civil law. Hiertoe behoren Oostenrijk, Zwitserland, Griekenland, Portugal, Turkije, Japan, Zuid-Korea en China⁴⁶.

Sommigen zijn de mening toegedaan dat bepaalde landen van deze twee groepen een afzonderlijke tak vormen, namelijk Spanje, Italië en Portugal. Een mogelijke verklaring voor deze afzondering is dat het recht van Spanje, Portugal en Italië eerst door het Romeinse recht werd beïnvloed, maar daarna in de ban raakte van het Duitse recht, waardoor het recht van deze landen enkele specifieke kenmerken bezit⁴⁷. Globaal gezien kunnen deze landen toch in één van deze twee groepen worden ondergebracht.

De derde grote groep wordt het Scandinavische Civil law genoemd. Denemarken, Finland, IJsland, Noorwegen en Zweden zijn prominente leden van deze tak.

13. Bovendien zijn er, naast de landen uit deze groepen, over de hele wereld nog een groot aantal landen die functioneren met het Civil law-systeem. Deze landen hebben kennis gemaakt met het rechtssysteem doordat ze gekoloniseerd werden door enkele Europese landen zoals Frankrijk en Spanje. Na hun onafhankelijkheid zijn sommige blijven werken met het Civil law van hun kolonisator, bijvoorbeeld Senegal (Franse systeem). Andere kozen dan weer voor een aangepast systeem, zoals Louisiana (dit land heeft een strafrechtssysteem dat gebaseerd is op Civil law afkomstig uit het Franse en Spaanse systeem). Daarnaast zijn er ook landen die ervoor gekozen hebben om een systeem te gebruiken dat op de Civil law-traditie in het algemeen gebaseerd is, in plaats van het specifieke civil law-systeem van hun kolonisator over te nemen, onder andere Bolivia. Natuurlijk is kolonisatie niet altijd de reden waarom bepaalde landen voor Civil law opteren. Enkele doen dit gewoon uit zichzelf, zoals Zuid-Korea en Griekenland⁴⁸.

⁴⁶ Zie [http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_\(legal_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_(legal_system)) (consultatie 23 april 2008).

⁴⁷ F. GORLÉ, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN, F. REYNTJENS, W. DE BONDT en K. LEMMENS, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 152.

⁴⁸ http://encarta.msn.com/text_761565815_0/Civil_Law.html (consultatie 26 februari 2009).

Afdeling 2: Landen met Common law-stelsels

14. Zoals blijkt uit de historische schets, vindt men de oorsprong van Common law in Engeland. Deze laatste is dan ook dé belangrijkste vertegenwoordiger van dit rechtssysteem. Door de expansie en veroveringen van het Engelse Rijk werd Common law ook in de kolonies toegepast. Deze expansieve neiging van Engeland heeft zijn sporen nagelaten in een aantal landen die tot op vandaag een Common law-systeem kennen. Ierland, het Verenigd Koninkrijk (bestaande uit Engeland, Wales en Noord-Ierland), Australië, Nieuw-Zeeland, India, Zuid-Afrika, Canada, Hong Kong en natuurlijk de Verenigde Staten van Amerika zijn lid van de Common law-groep⁴⁹.

Afdeling 3: Keuze van onderzoekslanden en motivering van deze keuze

15. In deze studie zullen de volgende landen onder de loep worden genomen:

- In de Civil law-groep wordt het recht van België, Nederland, Frankrijk en Duitsland onder de loep genomen.
- In de Common law-groep wordt het recht van Engeland bestudeerd.

De keuze voor deze landen is als volgt te verklaren. De studie draagt de titel 'Common law en Civil law in Europa: het onderscheid vervaagt'. Om die reden wordt de keuze beperkt tot Europese landen. België kan vanzelfsprekend niet ontbreken. Het eigen recht is immers een goede basis voor een vergelijkende studie. Nederland heeft ook de selectie doorstaan. Het is een mooi voorbeeld van Civil law en bovendien had Nederland een tijdje terug een primeur te pakken met hun Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, één van de recentste herzieningen van burgerlijk recht in Europa. Frankrijk en Duitsland zijn de boegbeelden van twee van de grote groeperingen binnen het Civil law. Frankrijk is vooral van belang omwille van het feit dat het land een grote invloed heeft ondergaan van het Romeinse recht en omwille van de daaruit voortvloeiende resultaten. Daartegenover staat dan weer Duitsland, prominent lid van een eigen Civil law-subgroep. Bovendien hebben de Duitse juristen hun eigen ding gedaan met het Romeinse recht. Het was een innoverende voorganger in de receptie van het Romeinse recht, wat toch de voedingsbodem is van het Civil law.

Wat betreft Common law, speelt Engeland de hoofdrol in deze studie. Eerst en vooral zou het analyseren van andere Common law-landen deze studie te uitgebreid maken. Daarnaast moet natuurlijk ook de historische component in overweging worden genomen. Common law is immers in

⁴⁹ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 200-205; C. A. UNIKEN VENEMA, *Van common law en civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, XVII; http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_systems_of_the_world (consultatie 23 april 2008).

Engeland ontstaan. Bovendien is het land de bekendste en belangrijkste vertegenwoordiger van Common law in Europa. Verder moet wel nog opgemerkt worden dat het recht van Schotland kort wordt aangeraakt in het onderdeel over gemengde stelsels, maar dit vormt geenszins een uitgebreide bespreking.

Hoofdstuk 3 – Het Common law-stelsel

16. Common law is een begrip dat in meerdere betekenissen kan worden gebruikt. Hier wordt Common law bekeken in de betekenis van Anglo-Amerikaans recht. Verder worden de verschillende strekkingen van het woord verder uitgelegd. Common law kan algemeen gedefinieerd worden als de rechtstraditie die zich sinds de elfde eeuw ontplooid heeft in Engeland. De principes van deze traditie vindt men hoofdzakelijk terug in gerapporteerde rechterlijke beslissingen, meestal van hogere rechtbanken, die men toepast op specifieke feiten van de aan de rechter voorliggende zaak⁵⁰.

Afdeling 1: Inhoud van het begrip “Common law”

17. Common law is een begrip dat meerdere, verschillende ladingen dekt. Om de inhoud en draagwijdte van de term te kunnen vatten, is het essentieel dat het onderscheid tussen de verschillende betekenissen duidelijk wordt gemaakt.

Op het niveau van de rechtstradities kan een eerste mogelijke betekenis van het begrip Common law gevonden worden. Deze betekenis kan men achterhalen uit de vergelijking of tegenstelling tussen Common law en Civil law. Op dit niveau staat Common law voor het Anglo-Amerikaanse recht in tegenstelling tot Civil law, wat staat voor Europees-continentaal recht. Het Anglo-Amerikaanse recht bestaat uit het recht van Engeland, de Verenigde Staten en hun vroegere kolonies en wordt gekenmerkt door de overheersing van de rechtspraak. Civil law, daarentegen, is het recht dat ontwikkeld werd op basis van het Romeins recht, gebaseerd is op wetgeving en vooral op het Europese continent wordt gehanteerd⁵¹.

Een tweede mogelijke betekenis van het begrip komt men tegen binnen het Engelse recht zelf waar common law tegenover equity staat. Zoals de historische schets al uitwees, zijn common law en equity de twee grote onderdelen van de overkoepelende Common law-rechtstraditie. Common law betekent hier het recht dat ontstaan is in Engeland op basis van de gewoonte en dat door algemene en consistente toepassing ervan door de Engelse rechters het gemeenschappelijk recht van Engeland werd. Als tegenhanger van common law ontstond equity. Omwille van de moeilijke toegang tot de

⁵⁰ W. TETLEY, “Mixed Jurisdictions: Common law vs. Civil law (Codified and Uncodified)”, La. L. Rev. 2000, afl. 60, (677) 682.

⁵¹ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 41-45; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 2-4; C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van common law en civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, XIX.

Afdeling 2: Algemene kenmerken

18. Common law onderscheidt zich van andere rechtstradities door enkele prominente kenmerken. Een eerste belangrijk kenmerk is het feit dat er geen sprake is van invloed door het Romeinse recht, zoals reeds bleek uit de historische schets. Common law heeft zich ontwikkeld vanaf 1066 tot ongeveer de dertiende eeuw. Op het moment dat het Romeins recht aan zijn tweede opmars begon, had Engeland al een stevig uitgebouwd rechtssysteem. Het Engelse recht was het eerste ééngemaakte nationale rechtstelsel van Europa. Doordat het recht al gevormd was, kreeg het Romeins recht geen voet aan de grond in Engeland⁵⁴. Op het Europese continent daarentegen heerste er chaos en willekeur, waardoor die maatschappijen en landen vatbaarder waren voor de invloed van het Romeinse recht.

19. In tegenstelling tot het Romeins recht speelt de rechtspraak wel een zeer grote rol en neemt het een vooraanstaande plaats in binnen het Common law-stelsel. Het rechtssysteem heeft zich historisch ontwikkeld door de rechtspraak en vandaag de dag is het nog steeds de belangrijkste rechtsbron in Common law. Men hanteert hierbij de regels van de precedentenwerking en de '*stare decisis*'. Een precedent is een uitspraak in een vroegere rechtszaak, die in daaropvolgende gelijkaardige zaken gevolgd moet worden en er zo voor zorgt dat het recht zich eenvormig ontwikkelt. Deze precedenten hebben bindende kracht, wat betekent dat de hiërarchisch lagere rechters door die uitspraak gebonden zijn en ze dus moeten volgen. Dit beginsel wordt '*stare decisis*' genoemd. Deze dominerende rol van de rechtspraak moet echter genuanceerd worden. Vanaf de negentiende eeuw heeft de wetgeving zich een plaats naast, of zelfs boven, de rechtspraak toegeëigend. In afdeling 3 wordt dieper ingegaan op de inhoud en de werking van het precedentenprincipe en op het stijgend belang van de wetgeving⁵⁵.

20. Een derde cruciale eigenschap van Common law is dat het zijn eigen structuur en terminologie kent. Common law bestaat historisch uit twee onderdelen, nl. common law en equity. Deze laatste kwam tot stand als reactie op common law en vindt zijn grondslag in de billijkheid. Waar common law oplossingen biedt via juridische rechtsmiddelen, geeft equity antwoorden door een beroep te doen op billijkheid en discretionaire bevoegdheid. Deze tweeledigheid leeft al eeuwen binnen Common law en is dan ook een essentieel en gewichtig kenmerk van deze rechtstraditie. Toch moet hier opgemerkt worden dat Common law vandaag niet meer zo star kan worden opgedeeld in

⁵⁴ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 197.

⁵⁵ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 197.

common law en equity. De wetgeving heeft immers een belangrijke plaats ingenomen in het Engelse recht⁵⁶.

Qua terminologie onderscheidt Common law zich heel sterk van het Europees continentaal recht. Begrippen als een 'writ', 'stare decisis', 'distinguishing-techniek', 'obiter dicta', 'equity', 'torts', enz. zijn eigen aan het Common law, maar in Civil law vinden we zeer vaak geen equivalent voor deze termen. Ze zijn zeer specifiek en representatief voor Common law. Een mooi voorbeeld van de eigenheid van deze begrippen is het begrip 'tort'. Op het continent kennen we de onrechtmatige daad: er wordt een fout begaan, er doet zich schade voor en tussen fout en schade bestaat een doorslaggevend en oorzakelijk verband. Common law kent geen algemeen begrip 'onrechtmatige daad', er bestaan verschillende specifieke daden zoals bedrog (deceit) en overlast (nuisance). Dergelijke daden kregen de verzamelnaam 'tort', maar dit begrip dekt de lading van ons begrip onrechtmatige daad absoluut niet⁵⁷.

21. Ten slotte kenmerkt Common law zich door de praktijkgerichte opleiding van juristen. Hierbij waren de '*Inns of Court*' van groot belang. Dit waren verenigingen van personen die bij de rechtspraak betrokken waren, zoals rechters, advocaten en leden van de balie. Het kan beschouwd worden als een organisatie gericht op het bevorderen van de praktische rechtsbeoefening en het geven van een opleiding aan toekomstige advocaten voor Common law-rechtbanken⁵⁸. Vroeger kregen juristen en advocaten hun opleiding aan de *Inns of Court*, waar ze heel veel praktijkervaring opdeden. Juristen werden er getraind in het gebruiken van precedentes en procedurele regels. Pas in de laatste decennia krijgen juristen hun opleiding aan universiteiten en geven de *Inns of Court* geen theoretische basisopleiding meer. De eerste rechtsfaculteit dateert van 1826 en was gevestigd in Londen⁵⁹. Het is niet omdat de instellingen voor de opleiding veranderd zijn, dat daarmee ook de opvattingen over en de focus in de opleiding gewijzigd zijn. Juristen worden nog altijd opgeleid aan de hand van casusgevalen en de nadruk ligt nog steeds op de praktijk. Vier Inns of Court hebben de tand des tijds doorstaan, dit zijn *Lincoln's Inn*, *Gray's Inn*, *Inn of the Middle Temple* en *Inn of the Inner*

⁵⁶ M.A. GLENDON, M.W. GORDON en C. OSAKWE, *Comparative legal traditions : text, materials and cases on the civil and common law traditions, with special reference to French, German, English and European law*, Saint Paul (Conn.), West publishing co., 1994, 750.

⁵⁷ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 196.

⁵⁸ C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 6.

⁵⁹ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 247.

Temple. Vandaag de dag moeten de ‘barristers’, bij ons gelijk te stellen met advocaten, nog steeds lid zijn van één van die vier⁶⁰.

Afdeling 3: Bronnen van het recht

22. Algemeen wordt aangenomen dat in Common law de rechtspraak de voornaamste rechtsbron is. Dit komt vooral voort uit de historische ontwikkeling van het rechtssysteem. Het is immers hoofdzakelijk gegroeid uit en gebaseerd op rechtspraak. Maar dat neemt niet weg dat er een rol is weggelegd voor de wetgeving. Deze laatste is wel degelijk aanwezig. Waar er evenwel wetgeving aanwezig is, houdt men zich zeer strikt aan de letter van de wet. Men doet er geen beroep op andere bronnen om de bedoeling van de wetgever te achterhalen. Men houdt er zich strikt aan de woorden van de wetgever. Op het continent gaat men daarentegen de wetgeving ruimer opvatten, zodat het op zoveel mogelijk gevallen kan worden toegepast. Men raadpleegt de voorbereidingen van de wetten en men probeert om de bedoeling van de wetgever te achterhalen in plaats van zich heel strikt aan de bewoordingen van de wettekst te houden. In sommige rechtstakken, zoals het strafrecht, neemt het legaliteitsbeginsel evenwel een prominente plaats in. In deze takken speelt de wetgeving dan ook een dominerende rol, ook in stelsels waarin de rechtspraak de voornaamste rechtsbron is⁶¹. Hierna worden de algemene bronnen van recht in Common law besproken, nl. de twee hoofdbronnen wetgeving en rechtspraak en de twee subsidiaire bronnen rechtsleer en gewoonte⁶².

§1. Rol van de wetgever

23. Wetgeving wordt in Engeland doorgaans ‘*statute law*’ genoemd. Een specifieke wet noemt men een ‘*act*’, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen een ‘*private act*’ en een ‘*public act*’. Een private act heeft een beperkte uitwerking: deze wet is slechts lokaal van toepassing. Een public act daarentegen heeft een veel grotere waarde en dient het algemeen belang. Het tot stand komen van dergelijke wetgeving is niet strikt geregeld in een wet. Het vloeit voort uit een verzameling van ongeschreven parlementaire regels⁶³.

⁶⁰ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 48; C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 6.

⁶¹ http://nl.wikipedia.org/wiki/Common_law (consultatie 28 april 2008).

⁶² P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 7.

⁶³ S.H. BAILEY, J. CHING, M.J. GUNN en D. ORMEROD, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 300-302; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 151; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 220; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 36.

24. In Engeland kan men drie soorten wetgeving onderscheiden. Naast Acts of Parliament gebruikt men ook gedelegeerde wetgeving en autonome wetgeving. De Acts of Parliament zijn nagenoeg de belangrijkste van de drie. De inhoud ervan wordt uiteengezet in verschillende publicaties. Wat kenmerkend is voor de Acts, is de manier waarop ze geciteerd of benoemd worden. Vroeger kende men zeer omslachtige en ingewikkelde namen toe aan de wetten. Vandaag wordt aan een Act gerefereerd door middel van zijn korte titel en het kalenderjaar waarin hij tot stand kwam. Dergelijke verwijzing wordt toegelaten door de Short Titles Act 1896, waarmee we direct een mooi voorbeeld hebben van de huidige citeerwijze⁶⁴.

Het tweede type van wetgeving is de gedelegeerde wetgeving. Het is in principe een verzamelnaam voor het omvangrijke corpus van regels, gecreëerd door ondergeschikte organen door middel van bevoegdheden die het Parlement aan deze organen heeft overgedragen. Het voordeel van dergelijke wetten is dat ze gemakkelijk kunnen gemaakt en gewijzigd worden omdat ze niet langs het Parlement moeten passeren. Het grote verschil tussen het Parlement en de ondergeschikte organen is dat het Parlement soevereiniteit heeft en de ondergeschikte organen niet. Dit heeft als gevolg dat de wetgeving die via delegatie tot stand komt, binnen de gedelegeerde bevoegdheden moet blijven. Wanneer dat niet het geval is, spreekt men van *ultra vires*-wetten. *Ultra vires* is een Latijnse term en betekent letterlijk 'buiten de bevoegdheden'⁶⁵. Dergelijke wetten worden dan ook buiten werking gesteld. Opgemerkt moet worden dat niet het volledige amalgaam aan gedelegeerde wetgeving ongeldig is, door het enkele feit dat een gedeelte *ultra vires* is. In de meeste gevallen is het immers mogelijk om het geldige gedeelte te onderscheiden van het *ultra vires*-gedeelte, zodat het geldige gedeelte onaangetast verder uitwerking heeft⁶⁶.

De laatste categorie van wetgeving is autonome wetgeving. Dit zijn regels van een autonome instantie die de onafhankelijke bevoegdheid bezit om wetgeving uit te vaardigen voor zijn leden en in sommige gevallen ook voor het grote publiek. Dergelijke autonome wetgevende organen zijn bijvoorbeeld *the Church of England, universities, the General Medical Council, the Law Society*,... Deze organen hebben de bevoegdheid om hun interne structuur te organiseren en regels vast te leggen voor hun leden. Men zou kunnen stellen dat dergelijke regels geen invloed hebben op het grote

⁶⁴ H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 332-334; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 152-153; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 37-41; R.J. WALKER en R. WARD, *English legal system*, London, Butterworth, 1994, 22-26.

⁶⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/Ultra_vires (consultatie 25 februari 2009).

⁶⁶ H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 332-334; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 152-153; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 37-41; R.J. WALKER en R. WARD, *English legal system*, London, Butterworth, 1994, 22-26.

publiek, maar indirect spelen ze toch een rol. Immers, iedere persoon die een regel overtreedt, begaat een fout. Ten slotte moet nog gezegd worden dat in nagenoeg alle gevallen autonome wetgeving in omvang beperkt wordt door een Act of Parliament, waardoor het ook aan het ultra vires-beginsel onderworpen is⁶⁷.

25. Zoals reeds gesteld, ontstond Common law uit rechtspraak. Deze historische ontwikkeling heeft ervoor gezorgd dat men op een heel andere manier tegenover wetgeving staat. Op het continent wordt er vertrokken van wetgeving die in algemene lijnen is opgesteld. Dit maakt interpretatie en invulling mogelijk. Hierbij gaat men deductief te werk: men vertrekt van algemene regels om te komen tot bijzondere en specifieke bepalingen. De Engelse wetgever gaat op een andere manier te werk. Wetgeving is er geen uitdrukking van algemene beginselen. Integendeel, men probeert de wetten zo duidelijk en volledig mogelijk te formuleren. Men ziet het als onnatuurlijk om vooraf het resultaat van gelijkaardige zaken voor te schrijven door algemene principes. Dit zorgt voor overdreven gedetailleerde wetten. Men probeert immers alle mogelijk situaties en gevolgen van die situaties te voorzien en op te nemen in de wet, zodat die wet op alle mogelijke aangelegenheden kan worden toegepast. Er wordt eerder op een inductieve manier gewerkt: men formuleert heel specifieke en gedetailleerde regels om door de toepassing ervan te komen tot een algemene regel. Om die reden worden wetsontwerpen en amendementen vaak door specialisten of experts opgesteld, ook wel de parlementaire rapporteurs genoemd. Vandaar dat men dikwijls spreekt van wetgeving 'door experts voor experts'⁶⁸.

26. Hoewel de geschiedenis anders doet vermoeden, is de wetgeving ook in Engeland de voornaamste en hoogste rechtsbron. Dit vloeit voornamelijk voort uit de constitutionele parlementaire suprematie. De wetgevende macht ligt uitsluitend bij het parlement. Daardoor heeft zij het recht om elke wet uit te vaardigen die zij nodig acht, maar ook elke regel af te schaffen die zij onbillijk vindt. Het parlement kan om het even welke wet uitvaardigen die ze maar wil, hoe pervers of onredelijk ook, en die wetten moeten nageleefd worden. In het verlengde hiervan kan ze ook de bevoegdheid om regelgeving uit te vaardigen delegeren aan andere organen. In het kader hiervan komen de gedelegeerde en autonome wetgeving tot stand. Maar net zo gemakkelijk als ze de bevoegdheid kan toekennen, kan ze die ook terug afnemen. Bovendien betekent de soevereiniteit

⁶⁷ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 332-334; P. DARBYSHIRE, *Edey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 152-153; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 37-41; R.J. WALKER en R. WARD, *English legal system*, London, Butterworth, 1994, 22-26.

⁶⁸ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 220-221; K. ZWIEGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 265-268.

ook dat de wetgevende macht van het parlement niet beperkt of gecontroleerd kan worden. De wetten van het parlement kunnen niet in vraag gesteld worden. De wet staat wel degelijk op nummer één, ook in Engeland⁶⁹.

27. Op wetgevend vlak mag de macht dan wel volledig bij het parlement liggen, toch spelen de rechters ook een rol bij de ontwikkeling van de wetten. Iedere wet zal immers moeten worden geïnterpreteerd vooraleer men ze kan toepassen en de rechters zijn de personen bij uitstek om dat te doen. Interpreteren kan men op verschillende manieren. In beginsel kunnen twee methoden onderscheiden worden. Bij de eerste methode onderzoekt men de woorden van de wet en bekijkt men die in de omstandigheden en tegen de achtergrond van de afkondiging om zo de algemene intentie van de wetgever te achterhalen. Men kijkt ruimer dan de bewoordingen van de wet alleen. Bij de tweede methode bestudeert men de woorden van de wet vanuit de veronderstelling dat de wetgever zijn wil duidelijk en volledig heeft verwoord in die wet. Men beperkt zich tot de letter van de wet. De eerste methode wordt vooral op het continent gebruikt, in Engeland hanteert men de tweede methode. De wetgeving wordt er dan ook heel strikt geïnterpreteerd. De oorzaak hiervan is hoofdzakelijk de *stare decisis*-regel. Dit beginsel bepaalt dat rechters gebonden zijn door uitspraken van hogere rechters en in sommige gevallen zelfs door hun eigen uitspraken. Daarnaast beschouwen Engelse rechters *statute law* nog altijd als de vreemde eend in de bijt. Men staat er eerder argwanend tegenover. De rechters mogen dan wel de soevereiniteit van het parlement aanvaarden, toch proberen ze de invloed van de wetgeving aan banden te leggen. Ze passen de wetten dan ook *ad litteram* toe. De wet wordt enkel beschouwd als opgenomen in het recht als het door de rechtbanken werd ingevuld en toegepast. Deze restrictieve interpretatie heeft wel zijn voordelen. Enerzijds voorkomt het dat rechters zelf eigen rechtsregels gaan ontwikkelen onder het mom van het interpreteren van de wet. Anderzijds moedigt het de wetgever aan om gestructureerde, duidelijke en ondubbelzinnige wetten te maken. Het spoort de wetgever ook aan om duidelijke en strikte regels te bepalen voor de uitoefening van de macht van de rechters bij het creëren van het recht om hun interventies toch ietwat aan banden te leggen⁷⁰.

Qua interpretatie zijn er geen rechtsregels voorhanden. De wetgever heeft er zich altijd van onthouden regels op te leggen aan de rechters over de manier waarop ze de wetten moeten lezen.

⁶⁹ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 297-300; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 7; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engels en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 77.

⁷⁰ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 45, P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 8-9; K. ZWEIGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 265-266.

Toch heeft de wetgever een zeer algemene richtlijn voorzien voor de interpretatie van de wetgeving in de zogenaamde Interpretation Act 1978. Deze Act geeft een paar algemene beginselen, bijvoorbeeld dat woorden van het mannelijk geslacht ook het vrouwelijke inhouden. Soms voorziet men een aparte sectie in de wet zelf over de manier waarop die wet moet worden geïnterpreteerd. Ondanks deze wetgevende interventies moeten de rechters toch zelf voor een invulling van de wet zorgen. Traditioneel kan men drie mogelijke benaderingen onderkennen: de '*mischief rule*', de '*literal rule*' en de '*golden rule*'⁷¹.

De '*mischief rule*' is de oudste en dateert uit een tijd dat er veel minder wetgeving was en common law veel belangrijker was. Ondanks de ouderdom van deze interpretatiemethode past men ze vandaag nog toe als laatste redmiddel. Men kwam tot deze interpretatie in een rechtszaak, de zogenaamde '*Heydon's case*'. Volgens deze methode moeten er vier vragen gesteld en beantwoord worden om tot een correcte toepassing van de wet te komen:

1. Wat was het common law voor het ontstaan van de wet?
2. Waarin schoot het common law tekort?
3. Wat was de oplossing van het parlement om de lacune in het common law op te vangen?
4. Wat is de reden voor deze parlementaire oplossing⁷²?

Volgens de '*literal rule*' moet men aan de woorden van de wet hun normale, letterlijke en grammaticale betekenis geven. Deze benadering is de belangrijkste en wordt dan ook als eerste toegepast. Een mooi voorbeeld vindt men in een zaak uit 1836⁷³. De wet stelde namelijk dat het verboden was om opzettelijk iemand neer te steken, te snijden of te verwonden. Na interpretatie van de rechter werd deze wet niet toegepast op de persoon die het topje van iemands neus er had afgebeten, omdat er geen instrument werd gebruikt. Deze benadering biedt echter geen oplossing

⁷¹ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 405-429; F. COWNIE en A. BRADNEY, *English legal system in context*, London, Butterworths, 2000, 112-121; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 153-155; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 10-14; D.R. MIERS en A.C. PAGE, *Legislation*, London, Sweet and Maxwell, 1982, 163-191; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 51-52; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 144-147.

⁷² S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 405-429; F. COWNIE en A. BRADNEY, *English legal system in context*, London, Butterworths, 2000, 112-121; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 153-155; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 10-14; D.R. MIERS en A.C. PAGE, *Legislation*, London, Sweet and Maxwell, 1982, 163-191; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 51-52; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 144-147.

⁷³ Zie R. v Harris (1836)

wanneer de bewoordingen van de wet dubbelzinnig zijn en er meer dan één betekenis aan een woord kan worden gegeven⁷⁴.

De 'golden rule'-interpretatie komt hieraan tegemoet. Deze benadering stelt dat in principe de *literal rule* moet worden toegepast, maar men mag van de normale letterlijke betekenis afwijken in geval van een absurde of inconsistente uitkomst, maar ook niet verder dan dat. In principe hanteert men meestal de *literal rule*; als deze geen oplossing biedt, gebruikt men de *golden rule* en als geen van beide kan worden toegepast, zoekt men zijn toevlucht tot de *mischief rule*. Deze problematiek toont het belang aan van duidelijke en ondubbelzinnige wetgeving, een taak voor de wetgever⁷⁵.

28. Wie beweert dat er door de opkomst en ontwikkeling van statute law geen plaats meer is voor common law, heeft het bij het verkeerde eind. Er bestaat immers een onlosmakelijk verband tussen common law, ontwikkeld door de rechters, en statute law. Er worden de laatste jaren meer en meer wetten geproduceerd in Engeland, maar elke wet veronderstelt het bestaan van een common law- of equity-regel. Als alle wetgeving zou verdwijnen, zou er met common law en equity nog wel een systematisch geheel van regels bestaan, maar het geheel zou niet werken. Als men alle common law en equity zou afschaffen, zou dat leiden naar een amalgaam van losse regels, waartussen geen enkele band of samenhang bestaat. Men probeert dan ook tot een evenwicht te komen, zodat beide bronnen elkaar aanvullen of corrigeren. Men vaardigt dikwijls wetten uit die het verouderde common law aanvullen en aanpassen aan de hedendaagse noden, omdat common law voor sommige aspecten en takken het meest geschikt is. Daartegenover staat dan weer dat common law zich er soms ook niet toe leent bepaalde moderne aangelegenheden te regelen, waarbij het dan de beurt is aan de wetgeving om in te grijpen. Statute law kan daarnaast fungeren als correctiemechanisme. Bepaalde common law-regels zijn in onbruik geraakt of zijn niet meer aangepast aan de moderne maatschappij. Dan kan de wetgeving die regels aanpassen of gewoon afschaffen. Wetgeving kan ook nog een andere functie vervullen. Wetten worden immers vaak

⁷⁴ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 405-429; F. COWNIE en A. BRADNEY, *English legal system in context*, London, Butterworths, 2000, 112-121; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 153-155; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 10-14; D.R. MIERS en A.C. PAGE, *Legislation*, London, Sweet and Maxwell, 1982, 163-191; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 51-52; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 144-147.

⁷⁵ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 405-429; F. COWNIE en A. BRADNEY, *English legal system in context*, London, Butterworths, 2000, 112-121; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 153-155; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 10-14; D.R. MIERS en A.C. PAGE, *Legislation*, London, Sweet and Maxwell, 1982, 163-191; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 51-52; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 144-147.

gebruikt om een wijdverspreid arsenaal aan rechtsregels die betrekking hebben op een bepaalde materie samen te brengen. De rechtsregels veranderen hierbij niet, ze worden gewoon verzameld. Dit bevordert de toegankelijkheid, samenhang en duidelijkheid. Als men afzonderlijke wetten samenbrengt, spreekt men van 'consolidatie'; als men wetten en common law-regels of alleen common law-regels samenvoegt, gaat het om 'codificatie'⁷⁶. Men zou kunnen stellen dat statute law voor de addenda en errata van Common law heeft gezorgd, net zoals equity dat deed voor common law⁷⁷.

§2. Ontwikkeling van recht door de rechter: de precedentenleer

29. Rechterlijke uitspraken of precedenten genieten een grote autoriteit in Engeland. In Common law wordt wel eens gesproken over de '*declaratory theory of common law*'. Dit is de traditionele doctrine die voorschrijft dat een rechterlijke uitspraak een verklaring en een bewijs is van het bestaande recht. Hiermee bedoelt men dat de rechter bij het vormen van zijn uitspraak niets aan het recht toevoegt. Hij past het bestaande recht toe zoals ze is en draagt zo niet bij aan de vorming van het recht. In sommige gevallen komt het voor dat de rechtsregel zodanig sterk en duidelijk is dat de toepassing ervan automatisch gebeurt. Dan kan men wel degelijk stellen dat de rechter alleen maar de regel vindt en er niets aan verandert. Daarom spreekt men ook wel van een '*declaratory precedent*'. Men kan de rol van de rechter echter niet zo eenzijdig bekijken. Het gebeurt dat de rechtsregel helemaal niet duidelijk of niet erg ontwikkeld is. In dit geval heeft de rechter eigenlijk niets om zich op te baseren en zal hij dus een nieuw precedent ontwikkelen, een '*original precedent*'. Hier zou men kunnen stellen dat de rechter nieuw recht maakt. De werkelijkheid is echter meer genuanceerd dan deze extreme tegenstelling. De feiten van een rechtszaak zijn immers nooit volledig dezelfde. De gehanteerde rechtsregel zal altijd verder ontwikkeld worden. De rechter moet een bepaalde rechtsregel toepassen, maar ook al gaat dit automatisch, toch wordt het toegepast op nieuwe feiten en wordt het verder uitgebreid. Daarentegen, als de rechter een nieuw precedent vormt, zal hij dat ook niet zomaar doen. Hij zal zich daarbij laten leiden door de geldende, algemene juridische beginselen. Het is dus niet mogelijk om een precedent het label zuiver declaratief of zuiver origineel op te plakken⁷⁸.

⁷⁶ A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 142.

⁷⁷ J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 24.

⁷⁸ A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 157-158.

30. Voor de ontwikkeling van een goed en stevig rechtssysteem is consistentie vereist. Common law is echter gebaseerd op regels die zich in de rechtspraak van rechtszaak tot rechtszaak op onsamenhangende en inductieve wijze ontwikkelen. Om voor een coherent rechtssysteem te zorgen, ontwikkelde men een systeem waarbij gelijkaardige zaken op een gelijkaardige manier behandeld en beoordeeld worden. Hieruit vloeide het '*precedentenbeginself*' voort. Dit is hét basisbeginsel van Common law. Een precedent heeft in Engeland twee betekenissen. In de ruime zin van het woord is de precedentenleer de methode waarbij vroegere rechterlijke uitspraken als autoriteiten worden beschouwd, die dienen als een goede juridische reden voor een uitspraak in een nieuwe zaak. In de enge zin betekent het dat rechters van bepaalde rechtbanken vroegere rechterlijke uitspraken van hogere rechtbanken moeten aannemen als bindende redenen en hun uitspraken daarop moeten baseren. Het is in deze laatste betekenis van het woord precedent dat men vaak spreekt van '*stare decisis*'. Dit principe werd gevestigd in de negentiende eeuw. Het houdt een gebondenheid in van rechters aan vroegere vergelijkbare zaken. De rechter is immers verplicht om zich uit te spreken in de hem voorliggende zaak volgens de richting van het precedent, zelfs al zou hij persoonlijk een andere mening toegedaan zijn. Een precedent moet gevolgd worden of het nu voorkomt uit een reeks beslissingen of uit één enkele uitspraak, of het nu dateert van het vorige jaar of van decennia geleden, of het nu ondanks de gewijzigde omstandigheden een billijke oplossing biedt of niet. Een rechterlijke uitspraak zal wel pas een '*binding precedent*' zijn als het aan bepaalde voorwaarden beantwoordt, die aan de hand van een voorbeeld worden uitgelegd⁷⁹.

Rechterlijke uitspraak A zal een precedent zijn in zaak B, als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1) Uitspraak A moet genomen zijn door een rechtbank of hof die de rechter in zaak B kan binden.

Vooraleer dieper ingegaan wordt op deze gebondenheid, moet er een korte verduidelijking gegeven worden bij de gerechtelijke organisatie en organen in Engeland. Voor de werking van het precedentensysteem en de gebondenheid is een strakke en hiërarchische piramidestructuur essentieel. In Engeland staan alle rechtbanken in een duidelijk omschreven positie ten opzichte van elkaar. De rechtbanken worden onderverdeeld in '*superior courts*' en '*inferior courts*'. De inferior courts zijn de '*Magistrates Court*' en de '*County Court*'. De superior courts zijn de '*House of Lords*', de '*Court of Appeal*', de '*High Court of Justice*' en de '*Crown Court*', waarbij de laatste drie samengebracht worden onder de noemer '*Supreme Court*'.

⁷⁹ A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 29; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 238-239; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 41-43; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 157-158; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ en T. WEIR, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 259-260.

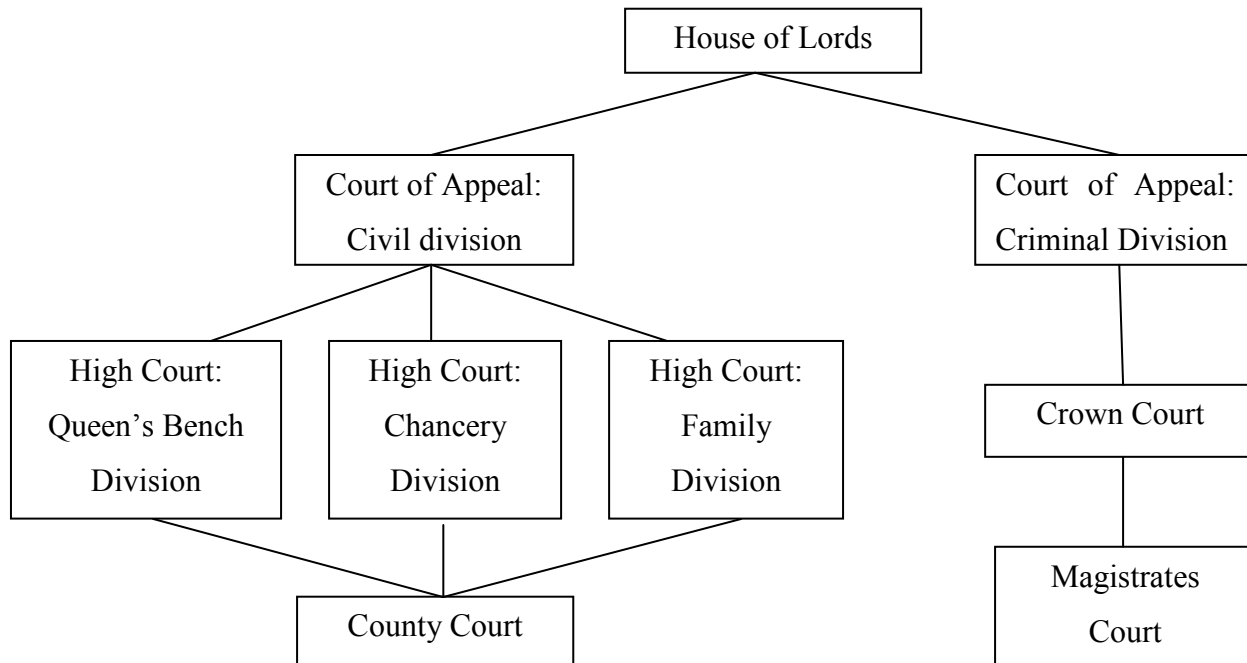
De House of Lords is de hoogste rechtbank van Engeland. Deze rechtbank behandelt de beroepen tegen uitspraken van de Court of Appeal. Hierbij spreekt de House of Lords nooit vonnissen uit, ze verwijst alleen zaken door. Het is in sommige gevallen wel mogelijk om onmiddellijk naar de House of Lords te stappen, zonder eerst langs de Court of Appeal te passeren. Dit noemt men ook wel de *'leapfrog procedure'*. Dit gebeurt vooral in zaken waarbij een rechtsvraag van algemeen belang aan de orde is. Als een rechter bijvoorbeeld een andere mening is toegedaan dan de regel die het precedent hem voorschrijft en de Court of Appeal kan ook niets veranderen omdat ze zelf door een precedent gebonden is, kan men eventueel via de leapfrog procedure direct naar de House of Lords gaan. De Court of Appeal is de volgende in de rangschikking. Deze rechtbank bestaat uit twee afdelingen of *'divisions'*, de *'civil division'* en de *'criminal division'*. Deze afdelingen houden zich, zoals de naam het zegt, bezig met burgerlijke respectievelijk strafrechtelijke zaken. De rechtbank behandelt de beroepen tegen de beslissingen van de High Court, de Crown Court en de County Courts. Een kleine opmerking bij de Court of Appeal is dat men bij deze rechtbank alleen maar beroep kan aantekenen als de wet dat voorschrijft, anders niet. Onder de Court of Appeal bevinden zich de High Court of Justice en de Crown Court. De High Court ressorteert onder de Civil division van de Court of Appeal en houdt zich voornamelijk bezig met burgerlijke zaken. Zij staat ook in voor het beroep tegen uitspraken van de Crown Court en de Magistrates Court. Ook deze rechtbank kent verschillende afdelingen, *'Queen's Bench Division'* (behandelt common law), *'Chancery Division'* (behandelt equity) en *'Family Division'* (behandelt familiezaken). De laatste superior court is de Crown Court. Dit rechtscollege is bevoegd voor strafrechtelijke zaken en spreekt zich uit over het beroep tegen uitspraken van de Magistrates Court. Deze rechtbank ressorteert onder de criminal division van de Court of Appeal. Beroep tegen beslissingen van de Crown Court en van de High Court of Justice moeten ingesteld worden bij de Court of Appeal⁸⁰.

De inferior courts worden ingedeeld in County Courts en Magistrates Courts. De County Court ressorteert onder de verschillende divisies van de High Court. Zij behandelt dan ook vooral burgerlijke zaken. Beroep tegen uitspraken van deze rechtbank moet men richten tot de Court of Appeal, Civil Division. Enkel faillissementen komen in beroep voor een andere rechtbank, namelijk de Chancery Division van de High Court. De Magistrates Court zetelt dan weer hoofdzakelijk in

⁸⁰ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 486-513; F. COWNIE en A. BRADNEY, *English legal system in context*, London, Butterworths, 2000, 100-102; R. CROSS en J.W. HARRIS, *Precedent in English law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 5-6; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 160-162; F. GORLÉ *et al.* *Rechtsvergelijking*, Mechelen, 2007, 224-237; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworths, 1989, 32-49; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 43-45; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 109-115; R.J. WALKER en R. WARD, *English legal system*, London, Butterworth, 1994, 58.

strafrechtelijke zaken, hebben een beperkte bevoegdheid in burgerlijke zaken en beroep tegen deze uitspraken moet gericht worden aan de Crown Court⁸¹.

Om het geheel wat te verduidelijken, volgt hier een schematisch overzicht:



De beoordeling van de gebondenheid kan opgedeeld worden in twee aspecten. Eerst en vooral moet er bekeken worden door welke rechtscolleges een bepaald rechtscollege gebonden is. De lagere rechtbanken zijn gebonden door de uitspraken van hogere rechtscolleges. Telkens als er een precedent is van een rechtbank die hoger gerangschikt is dan degene die uitspraak moet doen over de voorliggende zaak, zal deze laatste gebonden zijn door het precedent. In principe ontstaan precedents alleen uit beslissingen van de superior courts. Daarnaast moet men nagaan in welke mate het rechtscollege door zijn eigen uitspraken gebonden is. De hogere rechtbanken zijn gebonden door hun eigen uitspraken, de uitspraken van lagere rechtbanken binden deze dan weer niet. De stare decisis-regel brengt de kracht van vroegere precedents in verband met de hiërarchie van de rechtbanken. Concreet gelden de volgende regels:

⁸¹ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 486-513; F. COWNIE en A. BRADNEY, *English legal system in context*, London, Butterworths, 2000, 100-102; R. CROSS en J.W. HARRIS, *Precedent in English law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 5-6; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 160-162; F. GORLÉ *et al.* *Rechtsvergelijking*, Mechelen, 2007, 224-237; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworths, 1989, 32-49; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 43-45; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 109-115; R.J. WALKER en R. WARD, *English legal system*, London, Butterworth, 1994, 58.

A. De beslissingen van de House of Lords zijn bindend voor alle rechtbanken. Oorspronkelijk was de 'House of Lords' ook gebonden door zijn eigen beslissingen, alleen wetgevend optreden kon een beslissing van de House of Lords omverwerpen. In 1966 veranderde dit. Met de verklaring van de Lord Chancellor achtte de House of Lords zichzelf niet meer zo strikt gebonden door zijn eigen beslissingen. Deze verklaring kwam er niet in het kader van een rechtszaak, maar ze heeft wel de kracht van een wet. Het Hof houdt nog steeds vast aan de precedentenleer, maar er kan afgeweken worden van vroegere beslissingen als het billijk lijkt voor de zaak. Men blijft zijn eigen beslissingen volgen, maar '*if it appears right to do so*' zal men het precedent niet toepassen. Het doel was vooral om wat evolutie in het recht mogelijk te maken.

B. De beslissingen van de Court of Appeal zijn bindend voor alle lagere rechtbanken, maar ook voor de Court of Appeal zelf. De lagere rechtbanken moeten de precedenten van de Court of Appeal volgen. Het rechtscollege is zelf ook gebonden aan zijn eigen beslissingen. In de rechtszaak *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd.*⁸² zijn echter drie uitzonderingen vastgesteld op de regel dat de Court of Appeal gebonden is door zijn eigen uitspraken. Ten eerste mag de Court of Appeal zelf kiezen welke uitspraak ze volgt als er twee tegenstrijdige beslissingen voorliggen. De uitspraak die ze dan niet volgt, acht men '*overruled*'. Daarnaast is de Court of Appeal niet verplicht om een vroegere uitspraak te volgen, als deze niet overeenstemt met de latere beslissingen van de House of Lords, zelfs als de vroegere beslissing niet werd overruled. Ten slotte is de Court of Appeal niet verplicht om een uitspraak te volgen die '*per incuriam*' was uitgesproken. In de reeds genoemde zaak definieerde men per incuriam als een beslissing bereikt door gebrek aan voorzorg. In feite betekent het dat de beslissing is genomen zonder een relevante wet of precedent in overweging te nemen. Ook al voorzag men de per incuriam-regeling alleen maar voor de Court of Appeal, toch wordt het vaak ook toegepast in andere rechtbanken.

C. De uitspraken van de High Court of Justice zijn bindend voor de lagere rechtbanken. Tussen de verschillende afdelingen en rechters van de High Court geldt deze gebondenheid niet, maar er gaat wel een '*persuasive authority*' van uit. In de praktijk zal een rechter van de High Court niet afwijken van een beslissing van een collega-rechter, dit vooral om de rechtszekerheid te garanderen. Alleen wanneer hij van oordeel is dat de beslissing verkeerd is, zal hij ervan afwijken⁸³.

⁸² [1944] K.B. 718 C.A.

⁸³ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, 2007, 244-245; K.R. SIMMONDS, "United Kingdom" in V., KNAPP (eds.), *International encyclopedia of comparative law: volume 1 national reports*, Tübingen, Mohr, 1972-1975, (U-60) (U-60) U-70; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 158-159; R.J. WALKER en R. WARD, *English legal system*, London, Butterworth, 1994, 67-78.

2) De precedentenregel die voortvloeit uit uitspraak A moet deel uitmaken van de 'ratio decidendi' van de uitspraak.

In elk vonnis kan men verschillende onderdelen onderscheiden: a) het vaststellen van de relevante feiten, b) de uiteenzetting van de toepasselijke rechtsregels en c) de uitspraak die gesteund is op de samenvoeging van a) en b). In principe is het niet de beslissing zelf die bindend is, het is de rechtsregel in de beslissing. Men beperkt de stare decisis-werking tot de '*ratio decidendi*' van de beslissing. Deze laatste bevindt zich in punt b), de uiteenzetting van de toepasselijke rechtsregels. De ratio decidendi kan men definiëren als de uitspraak over het recht dat toegepast wordt op de juridische problemen van de voorliggende zaak, dat nodig is voor het bereiken van een beslissing en waarop de uitspraak in die zaak steunt. Niet elke uitspraak van een rechter over het recht kan gekwalificeerd worden als ratio decidendi. Het is noodzakelijk om de ratio af te scheiden van de rest van de uitspraak. De ratio bepaalt in feite het onderscheid tussen wat essentieel en wat toevallig is. Wat essentieel is voor de zaak en wat de rechter als een noodzakelijke stap beschouwt om tot zijn beslissing te komen, is de ratio decidendi. Het overige, wat niet direct relevant is voor het nemen van een beslissing, wordt '*dictum*' genoemd en heeft geen precedentenwaarde. Naast deze dicta bevat een uitspraak ook bijkomende uitweidingen die terloops vermeld worden. Dit zijn '*pronouncements by the way*' of ook wel '*obiter dicta*'. Ook deze hebben geen precedentenwerking, maar ze kunnen wel een '*persuasive force*', overredingskracht, bezitten. Het gebeurt ook wel dat rechters belangrijke dicta in hun ratio decidendi gaan opnemen, waardoor aan de dicta toch wat precedentenwaarde toekomt. De ratio decidendi heeft in se twee functies: enerzijds reikt zij de regel aan die in het concrete geval zal worden toegepast, anderzijds geeft zij de norm aan die in de toekomst als precedent bindend kan werken. Hierbij moet nog opgemerkt worden dat een ratio decidendi zelden onveranderd blijft. De latere toepassingen ervan bepalen, beperken of verruimen de ratio. Zo kan de ratio wijzigen door de interpretatie ervan door de rechter, kan het versterkt worden door de opeenvolgende toepassing of kan het overruled worden, wat de afwijzing van de ratio, maar niet van de beslissing zelf inhoudt⁸⁴.

⁸⁴ A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 35; F. COWNIE en A. BRADNEY, *English legal system in context*, London, Butterworths, 2000, 94-100; R. CROSS en J.W. HARRIS, *Precedent in English law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 39-96; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 163; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 238-243; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 45-46; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 159; R.J. WALKER en R. WARD, *English legal system*, London, Butterworth, 1994, 60-64.

3) Er mag geen relevant verschil bestaan tussen de feiten van zaak A en zaak B, zodat uitspraak A wel degelijk kan worden toegepast op zaak B en niet 'reasonably distinguishable' is.

Door een verschil te maken tussen de feiten van het precedent en de feiten van de voorliggende zaak, kan de rechter zich onttrekken aan de werking van het precedent. Dit is wat men noemt de techniek van '*distinguishing*'. Het is immers de rechter voor wie een bepaalde uitspraak als precedent wordt ingeroepen, die moet oordelen over de kracht en de toepasbaarheid van het precedent. Hij kan dan ook beslissen dat de ratio decidendi van het precedent de voorliggende zaak niet dekt om zo te ontkomen aan een onbevredigend precedent. Een rechter is in principe verplicht om een precedent te volgen, maar hij kan het toch op twee manieren ontlopen. Distinguishing kan zich voordoen op grond van de rechtsoverwegingen van het precedent. De rechter die over de zaak moet oordelen, bepaalt zelf wat ratio en wat dicta is van het precedent. Door te stellen dat de ingeroepen rechtsoverwegingen van het precedent maar dicta zijn en geen ratio, is hij niet gebonden door het precedent. Distinguishing kan ook bereikt worden op grond van de feiten. De ratio van het precedent heeft betrekking op bepaalde concrete feiten. Als de feiten van de voorliggende zaak niet dezelfde zijn als die van het precedent, kan men zich afvragen of de rechter wel tot dezelfde conclusie zou zijn gekomen in de voorliggende zaak als in het precedent. Als hij niet tot dezelfde beslissing zou zijn gekomen, is de ratio van het precedent niet relevant en is de rechter er niet door gebonden. Samenvattend kan men stellen dat de rechter zal proberen om aan de werking van het precedent te ontkomen door de precedenten te manipuleren zodat ze op de hem voorliggende zaak niet meer kunnen worden toegepast⁸⁵.

31. Wat ook kenmerkend is voor de rechtspraak in Common law zijn de meningen of '*opinions*' die bij een beslissing worden gevoegd. Volgens een oud gebruik kan elke rechter zijn persoonlijke mening geven over een bepaalde zaak. Er kunnen twee soorten opinions onderscheiden worden: een '*concurring opinion*' en een '*dissenting opinion*'. Bij een concurring opinion gaat de rechter weliswaar akkoord met de beslissing die door de rechtbank is genomen, maar is hij het niet eens met de gevolgde redenering. Hoe meer concurring opinions, hoe meer de waarde van de uitspraak als precedent afneemt. Met een dissenting opinion drukt de rechter uit dat hij het niet eens is met de gevolgde redenering én met de genomen beslissing. Dergelijke opinion heeft geen bindende kracht, maar er kan wel een persuasive authority van uitgaan. De invloed van een dissenting opinion op de precedentenwaarde van een uitspraak kan verschillend zijn. Enerzijds kan ze de waarde verminderen

⁸⁵ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 517; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 238-243; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 157-160; K. ZWEIGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 260.

doordat de opinion aantoonde dat er een andere beslissing mogelijk is. Anderzijds kan het de waarde ook verhogen doordat de opinion aantoonde dat men de pro's en con's van de beslissing nauwkeurig heeft afgewogen⁸⁶.

32. Aangezien de precedentenleer bindende kracht heeft, kan men zich afvragen of het recht nog kan evolueren en zich aanpassen als alle zaken moeten worden beoordeeld volgens eeuwenoude, verstarde principes. In de praktijk heeft men echter enkele technieken ontwikkeld om het recht toch flexibel te maken. Één daarvan is de distinguishing-techniek, die hierboven werd besproken. Daarnaast hebben de superior courts de macht om beslissingen van de inferior courts, en in sommige gevallen hun eigen beslissingen, te overrulen. De superior court gaat dan een andere richting uit in zijn beslissing, waardoor een oud precedent geen uitwerking krijgt en men zo het recht wat uitbreidt en aanpast. Een derde mogelijkheid is dat de wetgever optreedt en gelijk welke rechtsregel kan veranderen. De rechters deden hun uiterste best om via distinguishing en overruling het recht wat aan te passen en te flexibiliseren, maar toch was de inbreng van de wetgever nodig. Statute law neemt in omvang toe en zorgt voor een aangepast en moderner recht⁸⁷.

33. Lange tijd was rechtspraak in Common law de enige bron van recht. Omdat men alleen maar deze bron had om op terug te vallen, moest men die ook kunnen consulteren. De waarde van case law was afhankelijk van de publicatie ervan. Om die reden ontstonden reeds in de Middeleeuwen verzamelingen van de cases, de zogenaamde 'Year Books'. Deze verslagen waren persoonlijke aantekeningen, vooral bestemd als geheugensteuntje en als naslagwerk voor de opleiding van juristen. Deze Year Books worden vandaag nog weinig gebruikt, vooral omdat men er geen nood aan heeft om te refereren aan dergelijke archaïsche beslissingen en omdat ze niet bedoeld waren als grondig naslagwerk.

Vanaf de zestiende eeuw stak een nieuwe tendens de kop op. Private personen begonnen verslagen van zaken bij te houden en zelfs te publiceren. De ontdekking van de drukpers droeg hiertoe bij. Deze verzamelingen waren vooral gericht op praktisch gebruik, vandaar dat ze in de loop der jaren alle essentiële informatie voor juristen begonnen te bevatten. Deze verslagen kregen een steeds groter aanzien en stegen in relevantie. Vele van die private verslagen zijn nog steeds in gebruik. Men heeft ze samengevoegd en ze staan nu bekend onder de naam 'English Reports'.

⁸⁶ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 513-516; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 160-161.

⁸⁷ J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 21-22; R.J. WALKER en R. WARD, *English legal system*, London, Butterworth, 1994, 58.

In 1865 werd 'the General Council of Law Reporting' opgericht op vraag van de advocatuur. Deze raad had als taak om een serie 'Law Reports' uit te brengen. Vandaag worden deze Reports geruime tijd na de rechterlijke uitspraken gepubliceerd, maar men beschouwt ze als authentiek. De Law Reports worden maandelijks gepubliceerd en worden nu aangevuld met de wekelijkse Law Reports. The General Council heeft geen monopolie op het publiceren van rechterlijke beslissingen. Er worden nog steeds private, algemene en specifieke verzamelingen van rechtspraak uitgebracht, waarvan men in Engeland ook meer dan gretig gebruik maakt⁸⁸.

34. De precedentenleer had en heeft een prominente plaats in de Engelse rechtsorde. Men noemt de precedenten ook wel eens de ankers van het recht. Als een jurist gevraagd wordt om een juridisch probleem te bekijken, zal hij in de praktijk zoeken naar een precedent. Hij zal dit zelfs doen als de materie door een statute geregeld wordt, want statutes worden steeds door de rechtbanken geïnterpreteerd. Men zal zich altijd blijven beroepen op precedenten. Dit kan verschillende verklaringen hebben. Als men uitspraak moet doen in een bepaalde zaak, zal men altijd proberen zijn beslissing te verantwoorden. Men geeft er veeleer de voorkeur aan om naar een vroegere beslissing te verwijzen als verantwoording, dan de verantwoordelijkheid volledig op zich te nemen. Een precedent kan ook praktisch van belang zijn. Het is wenselijk dat het recht uniform is. Men neemt immers aan dat het belangrijker is om rechtszekerheid te scheppen dan rechtvaardigheid te promoten in individuele gevallen. Het maakt niet uit welke reden men eraan geeft, precedenten zijn en blijven de hoofdrolspelers in het Engels rechtstheater⁸⁹.

§3. Rechtsleer

35. Door de praktijkgerichte opleiding van juristen is de invloed die van de rechtsleer uitgaat eerder beperkt. Op het continent richt men zich meer op het recht als wetenschap. Bovendien wordt recht er al sinds de Middeleeuwen aan universiteiten gedoceerd. Hierdoor werd een aanzienlijke en invloedrijke verzameling van rechtsgeleerde werken en boeken ontwikkeld. In Engeland ging men niet zo theoretisch te werk en werden juristen opgeleid aan de Inns of Court. Rechtsleer had geen grote waarde. Er waren wel enkele uitzonderingen, zoals de boeken van Bracton, Blackstone en Coke. Deze kregen de bijnaam 'books of authority' en hadden wel een groot aanzien. Vandaag volgt

⁸⁸ S.H. BAILEY *et al.*, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, 519-524; P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 164-165; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 20-21; K.R. SIMMONDS, "United Kingdom" in V., KNAPP (eds.), *International encyclopedia of comparative law: volume 1 national reports*, Tübingen, Mohr, 1972-1975, (U-60) U-70-U71; C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 5-6, W.J. ZWALVE, C. Æ. Uniken Venema's *Common law and Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 43.

⁸⁹ P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 16-20.

men net zoals op het Europese continent een rechtenopleiding aan de universiteit en dat heeft natuurlijk een invloed op de relevantie van de rechtsleer in het rechtssysteem. De rechtsleer neemt de laatste jaren in belang toe. Het stijgen van de populariteit van de studie van Engels recht aan de universiteiten heeft ongetwijfeld bijgedragen tot het verhogen van het aantal werken en van de kwaliteit van de rechtsleer. Bovendien helpt ook de rechtspraak aan de opbouw van de rechtsleer. Zo worden bepaalde werken vaak door de rechtspraak gebruikt en geciteerd⁹⁰.

§4. Gewoonte

36. Gewoonten zijn sociale routines, patronen en gedrag, die een samenleving – al dan niet bewust – ontwikkelt. Het gewoonterecht speelde bij het ontstaan van Common law een cruciale rol. Op het moment dat Engeland één natie werd met één koning aan het hoofd, moest men ook een ééngemaakt nationaal recht hebben. De enige bron van recht was het gewoonterecht en men overdrijft dan ook niet als men zegt dat gewoonterecht de basis vormt van Common law. Men bracht het gewoonterecht samen en sprak recht aan de hand van dit amalgaam aan gewoonterechtelijke regels. Zo werd de gewoonte opgenomen in het rechtssysteem, soms als wetgeving, soms via rechterlijke uitspraken. Na verloop van tijd verminderde de invloed van de gewoonte. De rechters namen immers aan dat de gewoonte alleen maar bindend was als ze zeker en niet onredelijk was en als ze door de rechtspraak reeds aangenomen was. Zo probeerde men te voorkomen dat er regels zouden ontstaan buiten de rechtspraak om. Men zou kunnen stellen dat de gewoonte als bron van recht verdween⁹¹.

37. Het gewoonterecht kan opgedeeld worden in algemene gewoonten en lokale gewoonten. De algemene gewoonten zijn vandaag hoofdzakelijk opgeslorpt door rechtsregels, zij het nu wetgeving of rechtspraak, of zijn in onbruik geraakt. Het zijn net die algemene gewoonten die Common law vormen. Zoals in de historische schets al aangehaald werd, werden alle zaken van algemeen nationaal belang door de koninklijke Common law-courts behandeld. De rechters namen de

⁹⁰ P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 166-168; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 48; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 23; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 55-56; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 178; W.J. ZWALVE, C. Æ. Uniken Venema's *Common law and Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 65-67.

⁹¹ P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 165-166; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 22-23; K.R. SIMMONDS, "United Kingdom" in V., KNAPP (eds.), *International encyclopedia of comparative law: volume 1 national reports*, Tübingen, Mohr, 1972-1975, (U-60) U-71; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 55; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 178.

gewoonterechtelijke regels aan en gebruikten ze in hun rechtspraak. Precies door het opnemen van de gewoonten maakten de rechters er recht van. Een grote uitzondering zijn de grondwettelijke gewoonten. Deze zijn afgeleid uit de politieke praktijk, zijn geen recht en kunnen het ook nooit worden. Ze staan bekend als '*conventions of the constitution*'. Ze kunnen het best vergeleken worden met onze algemene grondwettelijke gewoonteregels. De lokale gewoonten zijn regels die gevolgd worden door een bepaalde groep van personen in een bepaald gebied en die door de lokale rechtbanken toegepast worden. Als zij worden ingeroepen voor een rechtbank, kunnen zij uitgeroepen worden als geldend recht voor die specifieke groep. Zo vormen ze een uitzondering op het gemeen geldende common law. Om dit te bereiken, moet de gewoonte wel aan enkele voorwaarden voldoen: de gewoonte moet (1) zeker zijn, (2) een exceptie zijn op het gemeen common law, maar er niet mee in strijd zijn, (3) niet onredelijk zijn en (4) bestaan sinds '*time immemorial*' (dit betekent dat de gewoonte moet teruggaan tot 1189, wat bij toeval aangenomen werd als einddatum van het juridisch geheugen). Vandaag de dag is de gewoonte, zowel algemeen als lokaal, volledig opgeslorpt door de wetten en de rechtspraak. Het heeft nog invloed als het bevestigd is door wetgeving of rechtspraak, maar op zichzelf stellen de gewoonterechtelijke regels nog weinig voor⁹².

§5. Hiërarchie van de rechtsbronnen

38. De heersende opvatting over de hiërarchie van de rechtsbronnen in Common law stelt volgende rangorde op:

Rechtspraak
Wet
Gewoonte
Rechtsleer

Het Engelse recht heeft zich in de geschiedenis ontwikkeld via de rechtspraak. Het ontstond door de toepassing van een case-to-case-methode. Door de precedentenwerking en de bindende kracht van rechterlijke uitspraken, of te stare decisis, kwam een coherent geheel van regels tot stand. Wetgeving en rechtsleer spelen een aanvullende rol en de gewoonte is pas relevant als ze door de

⁹² P. DARBYSHIRE, *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, 165-166; P.S. JAMES, *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, 22-23; K.R. SIMMONDS, "United Kingdom" in V., KNAPP (eds.), *International encyclopedia of comparative law: volume 1 national reports*, Tübingen, Mohr, 1972-1975, (U-60) U-71; G. SLAPPER en D. KELLY, *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, 55; A. VERBEKE, *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 178.

rechtspraak is vastgelegd. De rechtspraak had het meeste macht. Vandaag de dag geldt deze hiërarchie echter niet meer zo strikt. De laatste decennia is de vorming van het wettenrecht in een stroomversnelling gekomen. Nu bestaan er evenveel en worden er evenveel wetten gemaakt als op het continent. De wetgeving is vandaag, net als op het continent, de belangrijkste rechtsbron in het Engelse recht⁹³.

§6. Het rechtsonderwijs in Common law

39. Het rechtsonderwijs van een land is vaak de weerspiegeling van het juridisch rechtssysteem. Men vindt er de weerspiegeling van de basisprincipes van het recht, namelijk wat is recht, wat doet het en hoe werkt het? Het is door onderwijs dat men de juridische cultuur overdraagt van generatie op generatie. De ideeën en meningen die men vormt tijdens zijn of haar opleiding bepalen vaak de visie van die persoon. De school en de lesgevers laten vaak een blijvende indruk na op de studenten en geven zo vorm aan een juridisch geschoolde volwassen persoon. Omdat het rechtsonderwijs zo'n grote impact heeft op juristen, is het essentieel dat er een woordje over gezegd wordt⁹⁴.

40. Het Engelse recht heeft een eerder formele visie op het rechtsonderwijs. Men ziet een rechtsfaculteit eerder als een overgangsinstituut wiens taak het is om bij te dragen aan de praktische opleiding van juristen. Het rechtsonderwijs in Engeland kan in drie stadia opgedeeld worden, een academisch stadium, een praktisch stadium, ook wel *vocational stage* genoemd, en een stagestadium. De academische fase is dezelfde voor alle juristen. Vanaf de tweede fase maakt men een onderscheid in de opleidingen tussen barristers en solicitors. Barristers kunnen het best vergeleken worden met onze advocaten en ziet men als juridische raadgevers, terwijl solicitors beschouwd worden als algemene beoefenaars van het recht. Beide volgen dezelfde academische fase, daarna wordt een verschil gemaakt in hun verdere opleiding. Wat wel moet worden opgemerkt, is dat de solicitors niet verplicht zijn om een juridisch diploma te behalen om solicitor te worden. Met andere woorden, zij hoeven de academische fase niet per se afgelegd te hebben. Men moet dan echter wel een extra opleidingsonderdeel volgen⁹⁵.

De academische fase is voor solicitors en barristers nagenoeg dezelfde. In deze fase valt op te merken dat de universitaire rechtenopleiding er een zogenaamde '*undergraduate*' opleiding is. Undergraduate betekent dat men een opleiding volgt die niet bedoeld is om een graad te behalen.

⁹³ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 43-44.

⁹⁴ A. BOON en J. WEBB, "Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?", *J. Legal Educ.* 2008, afl. 58, (79) 79.

⁹⁵ A. GILLESPIE, *The English legal system*, New York, Oxford University Press, 2007, 222+233-234; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 247-250.

Men houdt er wel een diploma aan over. Het gaat om een korte opleiding van drie jaar. Deze opleiding eindigt met een diploma rechten en wordt ook wel ‘*Bachelor of Laws*’ (LL.B.) genoemd. De meeste vakken in deze driejarige opleiding zijn opgelegd en vormen de theoretische basis die men nodig heeft om aan zijn praktijkopleiding te beginnen. Als men de opleidingen bekijkt aan de University of Oxford en de University of Cambridge, ziet men dat constitutional law (grondwettelijk recht), criminal law (strafrecht), tort law (onrechtmatige daad), contract law (contractenrecht), land law (landrecht), equity en European Union Law (Europees recht) de constanten zijn in de undergraduate opleiding⁹⁶. De professoren van deze opleiding gaan er hier wel van uit dat de studenten niet veel voorkennis hebben van economie, politiek of filosofie. Daarom besteedt men een groot deel van de studietijd aan deze aanverwante onderwerpen, maar daardoor moet men wel de standaard van de rechtenopleiding verlagen. Er moet echter opgemerkt worden dat een diploma rechten niet essentieel is om aan de volgende fase te kunnen beginnen. Als men een ander diploma heeft, kan men een extra cursus volgen van één jaar, de ‘*Common Professional Examination*’ (CPE) of vandaag vaak ook ‘*Graduate Diploma in Law*’ (GPL) genoemd. Dit is een cursus die de kandidaat-solicitors en kandidaat-barristers klaarstoomt voor de praktische fase. Bovendien kan men zelfs zonder diploma aan de solicitoropleiding beginnen. In dat geval legt men de éénjarige ‘*Solicitors First Examination Course*’ af en begint men daarna aan de praktische fase. Om als barrister toegelaten te worden tot de praktische opleiding moet men een diploma hebben of de CPE succesvol afgelegd hebben en bovendien vereist men goede resultaten⁹⁷. Na het volbrengen van een Bacheloropleiding kan men ervoor opteren om verder te studeren en een Master of Laws te behalen. Dit is een ‘*postgraduate*’ opleiding. Meestal opteert een student hiervoor als hij/zij zich verder wil specialiseren in een specifiek gebied van het recht. Een LL.M. is niet vereist om barrister of solicitor te worden. Een LL.B. en een stage geven voldoende basiskennis om in de praktijk recht te beoefenen en om solicitor of barrister te worden. Een LL.M. geeft studenten niet automatisch de kennis om recht uit te oefenen, het geeft hen de mogelijkheid om zich verder te verdiepen in een bepaald gebied van het recht. Dergelijke LL.M. duurt gemiddeld één jaar. Om de volgende fase aan te vatten, hoeft men geen LL.M. te hebben, een Bachelordiploma is voldoende⁹⁸.

⁹⁶ Deze termen zijn moeilijk te vertalen, vandaar dat de Engelse termen worden gebruikt; Zie http://www.ox.ac.uk/admissions/undergraduate/courses/courses/law_jurisprudence/law.html (consultatie 03 mei 2009) en <http://www.cam.ac.uk/admissions/undergraduate/courses/law/index.html> (consultatie 03 mei 2009).

⁹⁷ P.S. ATIYAH en R.S. SUMMERS, *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 384-388; A. BOON en J. WEBB, “Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?”, *J. Legal Educ.* 2008, afl. 58, (79) 80-82; B. DE WITTE en C. FORDER, *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, 77-79; ; A. GILLESPIE, *The English legal system*, New York, Oxford University Press, 2007, 225+234; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 247-250; zie <http://www.barstandardsboard.org.uk/Educationandtraining/whatistheacademicstage/> (consultatie 03 mei 2009); zie <http://www.sra.org.uk/students/academic-stage.page> (consultatie 03 mei 2009).

⁹⁸ Zie <http://www.llm-guide.com/what-is-an-llm> (consultatie 03 mei 2009).

Als men deze academische fase met glans heeft doorlopen, is de volgende stap de praktische fase. Hier moet men dan beslissen welke weg men wenst te bewandelen. Kiest men voor barrister of opteert men toch om solicitor te worden? Vanaf deze fase wordt immers een onderscheid gemaakt tussen deze juridische gradaties. De solicitors doorlopen een éénjarige opleiding waarbij ze praktische kennis opdoen. Deze solicitorfase noemt men ook wel ‘*Legal Practice Course*’ (LPC). De beroepsopleiding bij de barristers duurt ook één jaar en geeft men de naam ‘*Bar Vocational Course*’ (BVC). Vroeger volgde men deze BVC aan de Inns of Court. Na verloop van tijd vond men dat dit monopolie van de Inns niet langer kon worden gehandhaafd en stond men ook aan de universiteiten toe om de BVC aan te bieden. Na deze fase moeten barristers ook een ‘*Bar Examination*’ afleggen. De nadruk ligt in deze fase op voeling krijgen met de praktijk en kennis maken met het echte werkveld van een barrister of solicitor. Als men deze fase succesvol aflegt, kan men beginnen aan een stage⁹⁹.

De essentie van een stage is dat men hetgeen men in theorie heeft geleerd in de praktijk omzet. Voor solicitors duurt de stage twee jaar, voor barristers duurt die slechts één jaar. Hierbij gaat men onder toezicht en onder leiding van een professional in de praktijk aan de slag. Van solicitor-stagiairs verwacht men dat zij in ten minste drie rechtstakken ervaring opdoen. De meeste kantoren die een pupil aannemen, zorgen er echter voor dat de solicitor met veel meer dan drie rechtsgebieden in contact komt. Wat opmerkelijk is, is dat solicitors tijdens hun stage nog een extra cursus moeten afleggen, namelijk de ‘*Professional Skills Course*’, die barristers niet hoeven af te leggen. Dit is een cursus die zeer recent werd ingevoerd. De cursus beslaat een periode van twaalf dagen en moet door elke solicitor afgelegd worden. Men kan kiezen tussen drie modules: pleidooi- en communicatievaardigheden, financiële en bedrijfsvaardigheden of klantenzorg en professionele vaardigheden. Het laat de solicitor toe om verdere beroepstraining te krijgen en verbanden te leggen met de praktische ervaring die men tijdens de stage opdoet. Er moet ook vermeld worden dat als men geen diploma heeft en men de Solicitors First Examination Course volgt, de stage dan vijf jaar duurt in plaats van twee. Een barrister-stagiair doet zijn stage aan de balie en wordt daarbij begeleid door een professional barrister die minimum 10 jaar ervaring heeft. De Raad van de Bar (‘*Bar*

⁹⁹ P.S. ATIYAH en R.S. SUMMERS, *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 384-388; A. BOON en J. WEBB, “Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?”, *J. Legal Educ.* 2008, afl. 58, (79) 80-82; F. COWNIE, A. BRADNEY en M. BURTON, *English legal system in context*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 166-168; P. DARBYSHIRE, *Darbyshire on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2005, 370-371; B. DE WITTE en C. FORDER, *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, 77-79; A. GILLESPIE, *The English legal system*, New York, Oxford University Press, 2007, 226+235; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 247-250; zie <http://www.barstandardsboard.org.uk/Educationandtraining/aboutthebvc/> (consultatie 03 mei 2009); zie <http://www.sra.org.uk/students/lpc.page> (consultatie 03 mei 2009).

Council') ziet de stage als de laatste fase op de weg naar de balie, waarin de stagiair praktische training krijgt onder toezicht van een ervaren barrister¹⁰⁰. Als men ook deze fase succesvol volbrengt, kan men zelfstandig het beroep van barrister of solicitor uitoefenen en zal men na verloop van tijd waarschijnlijk zelf een stagiair wegwijs kunnen maken in de wegen van het recht¹⁰¹.

41. De praktische gerichtheid van de opleiding is ook kenmerkend voor het rechtsonderwijs in Engeland. Vroeger vond het grootste gedeelte van de opleiding van een jurist aan de Inns of Court plaats. Daar kreeg men een praktische scholing en leerde men precedentes en procedureregels te gebruiken. Dit kwam vooral voort uit de case law-gerichtheid van Common law. Men vond het tijdverspilling om met zijn neus in de boeken te zitten terwijl men alles kon leren in de praktijk door ervaring op te doen. Daarom besteedde men ook veel minder tijd en aandacht aan de theoretische vorming van juristen. Het was een relatief informele manier van opleiden. De studenten leerden door te observeren in de rechtszaal en door te praten met professionelen. Geleidelijk aan ging men over naar een meer formele manier van lesgeven. Men introduceerde onder andere examens, universitaire rechtenopleidingen en lezingen. Deze formele basis voor de opleiding is ook vandaag nog de basis voor het Engels rechtsonderwijs. Invloeden van andere landen en universiteiten en de eerder formele aanpak die men nu hanteert, hebben de aandacht voor de theorie doen toenemen. Toch is het uitgangspunt nog steeds de praktijk en de rechtspraak. Als men bijvoorbeeld een inhoudsopgave van een Engels rechtshandboek bekijkt, ziet men dat deze veel meer op casussen gericht is. In bijlage worden als voorbeeld enkele pagina's uit een inhoudsopgave van een Engels handboek en van een Belgisch handboek weergegeven. Als men beide naast elkaar legt, is het onderscheid tussen de casusgerichte aanpak van Common law en de theoriegerichte werkwijze van Civil law goed zichtbaar. Het Engels rechtsonderwijs geeft aandacht aan de theorie, maar men bouwt de theorie op en bestudeert het aan de hand van casussen en praktijkgevallen, terwijl rechtsonderwijs op het continent veel minder casusgericht is en vertrekt van theorieën die men zich eigen moet maken vooraleer men zich in de rechtspraak kan verdiepen. Uit de talrijke verwijzingen

¹⁰⁰ Zie www.barcouncil.org.uk (consultatie 03 mei 2009).

¹⁰¹ P.S. ATIYAH en R.S. SUMMERS, *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 384-388; A. BOON en J. WEBB, "Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?", *J. Legal Educ.* 2008, afl. 58, (79) 80-82; F. COWNIE *et al.*, *English legal system in context*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 168-170; P. DARBYSHIRE, *Darbyshire on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2005, 370-371; B. DE WITTE en C. FORDER, *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, 77-79; A. GILLESPIE, *The English legal system*, New York, Oxford University Press, 2007, 226-228+235-236; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 247-250; zie <http://www.barstandardsboard.org.uk/Educationandtraining/whatispupillage/> (consultatie 03 mei 2009); zie <http://www.sra.org.uk/students/training-contract.page> (consultatie 03 mei 2009).

naar rechtspraak in de Engelse inhoudsopgave kan men afleiden dat casussen zeer belangrijk zijn in het Engels rechtsonderwijs. Het is immers het vertrekpunt voor de opleiding¹⁰².

42. De dag van vandaag stijgt de aandacht voor de theorie, kijkt men meer naar het recht en begint men het te zien als een instrument van social engineering. Bovendien beginnen de universiteiten een grotere rol te spelen bij de vorming van het recht en rechters besteden steeds meer aandacht aan rechtsgeleerde werken. In de universitaire opleiding ligt de nadruk wel nog steeds op de praktijk en zijn de lessen gebaseerd op casusgevallen. Maar toch is een verandering merkbaar. Men wordt bovendien ook van buitenaf beïnvloed. De Europese instellingen vaardigen steeds meer regelgeving uit die ook met rechtsonderwijs te maken heeft zoals de BAMA-hervormingen. In 1999 keurden de lidstaten van de EU samen met IJsland, Noorwegen en Zwitserland de Bologna-verklaring goed. Het hoger onderwijs gebruikt nu in heel Europa de Bachelor-Masterstructuur, ook in het rechtsonderwijs. Door deze hervorming wordt het onderwijs overzichtelijker, kunnen opleidingen beter met elkaar vergeleken worden en hebben de diploma's nagenoeg dezelfde waarde. Het maakt het bovendien ook mogelijk een juridisch diploma en beroep te laten erkennen in andere landen. De Europese instellingen hebben daar ook regelingen voor getroffen. Daarnaast komt men door projecten als ERASMUS in contact met mensen uit andere rechtsculturen. Een programma als ERASMUS maakt het mogelijk voor studenten en docenten om gedurende een bepaalde periode in het buitenland te studeren of te doceren. Men kan dus in Engeland les gaan volgen of Engelse rechtsstudenten komen op het continent studeren. Zij brengen bepaalde waarden en ideeën mee en nemen er ook weer mee naar huis. Dit uitgebreid contact met andere rechtssystemen beïnvloedt ook het standpunt van de Engelsen ten opzichte van het rechtsonderwijs. Men leunt nog steeds hoofdzakelijk naar de praktische kant, maar de stijgende aandacht voor de theoretische kant van een opleiding zorgt voor een mooi tegengewicht¹⁰³.

¹⁰² P.S. ATIYAH en R.S. SUMMERS, *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 384-388; A. BOON en J. WEBB, "Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?", J. Legal Educ. 2008, afl. 58, (79) 82-89; A. BURROWS, *A casebook on contract*, Portland, Hart Publishing, 2007, XI-XXIII; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, inhoud.

¹⁰³ P.S. ATIYAH en R.S. SUMMERS, *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 384-388; A. BOON en J. WEBB, "Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?", J. Legal Educ. 2008, afl. 58, (79) 109-118; B. DE WITTE en C. FORDER, *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, 12-14; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 48; D. STERCKX, I. RYCKBOST, A. VAN BOSSUYT en A. VERMEERSCH, *Zo werkt Europa*, Kortrijk, UGA, 2007, 308-311; C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 6.

Hoofdstuk 4 – Het Civil law-stelsel

43. Civil law kan het best gedefinieerd worden als het rechtsstelsel dat afstamt van het Romeins recht, zoals het vastgelegd werd in het Corpus Iuris Civilis, en die zodoende op het Europese continent is gegroeid. Deze rechtstraditie is een zeer gesystematiseerd en gestructureerd systeem, dat uitgaat van algemene basisregels¹⁰⁴.

Afdeling 1: Algemene kenmerken

44. Net zoals Common law, hebben ook de Civil law-stelsels enkele specifieke eigenschappen, waarmee ze zich onderscheiden van andere stelsels. Eerst en vooral merken we de invloed van het Romeins recht. In de receptie van het Romeins recht zijn vier golven te onderscheiden. De eerste situeert zich na de val van het West-Romeinse rijk in 476 na Christus. Op dat moment werd het Romeinse recht overgenomen door de Germaanse overheersers ten behoeve van de lokale geromaniseerde bevolking. In de Middeleeuwen volgt een tweede golf. In die periode had men als enige geschreven recht het canoniek recht. Dat was gegrondvest op het Romeinse recht waardoor onze streken nog eens doordrongen raakten van de Romeinse manier van leven. De derde golf is één van de belangrijkste, zo niet dé belangrijkste. Vanaf de 12^{de} eeuw ontstonden er in Italië universiteiten waar het recht bestudeerd werd. Het recht dat er bestudeerd werd, was natuurlijk het Romeins recht, waarbij vooral het Corpus Iuris Civilis een hoofdrol speelde. Vanuit Italië verspreidde deze studie zich over andere Europese universiteiten en zo kwam het Romeins recht opnieuw in de schijnwerpers te staan. Het werd op vele plaatsen aangenomen en gerecipieerd als subsidiair recht. Een laatste golf vindt men terug in de 19^{de} eeuw. De Duitse '*Historische Rechtsschule*' had de strijd tegen de romanistische strekkingen verloren. Hierdoor ontstond er aan de Duitse universiteiten een rechtswetenschap die gesteund was op de Pandecten uit het Corpus Iuris Civilis. Men bestudeerde het Romeins recht op een systematische en rationele wijze en bewerkte het zodat het in hun samenleving paste. Op dat moment had Duitsland geen ééngemaakt recht. De nieuwe rechtswetenschap leende zich zeer goed tot het creëren van een nieuw ééngemaakt recht en dat kwam er met het splinternieuwe Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ W. TETLEY, "Mixed jurisdictions: Common law vs. Civil law (Codified and Uncodified)", La. L. Rev. 2000, afl. 60, (677) 681.

¹⁰⁵ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 149-152; D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 78-98; K.W. RYAN, *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, 5-10; J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 14; A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an Introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 4-10

45. Een tweede opvallende eigenschap is de invloed van de oud-Germaanse gewoonterechten. Na de val van het West-Romeinse rijk overheersten de Germanen in Europa. Hun recht was vooral gebaseerd op gewoonte. Zij tekenden hun recht in beperkte mate op, het bekendste en meest invloedrijke verzamelwerk was de '*Leges Barbarorum*'. In bepaalde streken van Europa, zoals Nederland, België en Duitsland, was de geromaniseerde bevolking ondervertegenwoordigd, waardoor het Germaanse gewoonterecht hoogtij vierde¹⁰⁶.

46. Daarnaast is in Civil law een wetenschappelijke beoefening van het recht te bemerken. Deze wetenschappelijke werkwijze is het gevolg van de studie van het recht aan de universiteiten. Er ontstond een rechtswetenschap, waardoor men de rechtsregels op een rationele manier met elkaar in overeenstemming bracht. Het recht werd door de mens gemaakt. Op zichzelf bracht de wetenschap van het recht ook belangrijke gevolgen met zich mee, vooral qua structuur, basisbegrippen en terminologie van alle Europese continentale rechtssystemen. Zo probeerde men een bepaalde graad van veralgemening en abstractie toe te passen op de verschillende rechtsregels. Op die manier kwam een rechtsregel als het ware boven de concrete omstandigheden te staan en kon men zelfs spreken van algemene rechtsbeginselen. Oorspronkelijk ging men tewerk zoals in Romeins recht en in Common law en leidde men algemene beginselen af uit concrete casussen. Men ging met andere woorden ook inductief te werk. Door de verwetenschappelijking van het recht veranderde het uitgangspunt en creëerde men algemene regels die de concrete gevallen overstegen en die op meerdere gevallen konden worden toegepast. Men hanteerde vanaf dan de deductieve methode. Één van de meest opmerkelijke gevolgen is het toepassen van de '*summa divisio*', het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Dit onderscheid stamt uit het Romeins recht, meer bepaald uit de Digesten van de Justiniaanse code. Net zoals Common law zijn eigen historisch gegroeide structuur kent met een onderverdeling tussen common law en equity, kent men op het continent een historisch gegroeide onderverdeling tussen publiekrecht en privaatrecht. Privaatrecht regelt de verhoudingen tussen particulieren onderling, zoals huwelijk, scheiding, overeenkomsten,... Publiekrecht daarentegen betreft de regeling van de verhoudingen tussen overheid en burgers en tussen overheden onderling. Onder andere strafrecht en grondwettelijk recht ressorteren onder publiekrecht. De *summa divisio* vindt men terug in alle Civil law-landen, weliswaar niet in dezelfde betekenis. Common law-landen kennen deze onderverdeling ook, maar in Civil law heeft het een veel grotere praktische betekenis. Men heeft immers twee afzonderlijke hiërarchieën van rechtscolleges, die elk een deel voor hun rekening nemen, zij het nu publiekrecht dan wel privaatrecht. In Engeland is de praktische implicatie veel kleiner. Daar wordt de *summa divisio* eerder gebruikt voor

¹⁰⁶ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 149-151.

academische doeleinden. Er is geen aparte rechtbank voor publiekrecht of privaatrecht. Het grootste gevolg van het onderscheid ligt er in de verschillende remedies waarop een particulier persoon een beroep kan doen als er publieke aangelegenheden mee gemoeid zijn. Bovendien moet opgemerkt worden dat de scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht niet zo strikt te maken is. Elk van beiden dringt door op het terrein van de andere. Zo worden bijvoorbeeld veel privaatrechtelijke relaties gecontroleerd door een publiekrechtelijke macht¹⁰⁷.

47. Vervolgens wordt Civil law gekenmerkt door de wet als primaire rechtsbron. Door de verwetenschappelijking evolueerde men naar een universeel recht, gebaseerd op algemene rechtsregels. Men verzamelde die in wetboeken en de codificatiebeweging was ingezet. Dergelijke codes zijn samenhangende en omvangrijke verzamelingen van juridische regels en principes. De inhoud van deze codes verschilt van land tot land, maar ze hebben dezelfde bedoeling, nl. een handleiding van sociale regelgeving voorzien om mensen in de samenleving te leiden gedurende hun gehele leven. De wet werd de hoogste rechtsbron. Dit werd nog versterkt door de Franse Revolutie. Deze beschouwde de wet als hoogste formele rechtsbron omdat het de uitdrukking was van de wil van een soeverein volk door middel van verkozen vertegenwoordigers. Gedurende een bepaalde periode overheerste de wet en had de rechtspraak maar een laag aanzien. Beetje bij beetje nam de rechtspraak zijn plaats terug in en veroverde ze opnieuw haar plaats bij het interpreteren en aanpassen van de wet. De codificatie resulteerde daarom niet in het strak vastleggen van het recht, maar het diende eerder als een startpunt voor verdere evolutie van het recht via de activiteiten van de rechtbanken. Deze rechtbanken hebben de wetgeving in verschillende richtingen beïnvloed en ontwikkeld, maar de rode draad is dat nagenoeg elk Civil law-land een codex heeft en deze up to date wordt gehouden door de rechtbanken¹⁰⁸.

48. Ook door de verwetenschappelijking van het recht en de opkomst van de universiteiten, vormde zich een bepaalde klasse van beroepsjuristen. De grote rol van de rechtsleer is heel kenmerkend voor het Europese continent. Reeds tijdens het Ancien Régime hechtte men veel belang aan de rechtsleer. De belangstelling nam wat af tijdens de codificatiebeweging. Maar net zoals de rechtspraak, krabbelde ook de rechtsleer uit zijn dal. Vooral het besef dat het recht een product is van

¹⁰⁷ P. DE CRUZ, *Comparative law in a changing world*, London, Cavendish Publishing Limited, 1995, 44; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 151 ; C. SZLADITS, "The Civil law system" in R. DAVID (eds.), *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Structure and the divisions of the law*, Tübingen, Mohr, 1971, (15) 15-48; http://encarta.msn.com/text_761565815_0/Civil_Law.html (consultatie 26 februari 2009).

¹⁰⁸ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 151; J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 21; http://encarta.msn.com/text_761565815_0/Civil_Law.html (consultatie 26 februari 2009)

maatschappelijke omstandigheden, deed de rechtsleer herleven. Men beseftte ook de noodzaak van een kritisch oog op het recht. De rechtsleer was en is dan ook ideaal om een kritische blik op het recht te geven¹⁰⁹.

49. Wat ten slotte nog moet worden aangestipt, is dat het begrip Civil law ook in meerdere betekenissen kan worden gebruikt. Een eerste mogelijkheid is de betekenis van Civil law in vergelijking met Common law. Deze invulling bevindt zich op het niveau van de rechtstradities. Civil law wordt hier gebruikt als het rechtssysteem dat vandaag toegepast wordt op het Europese continent en dat afgeleid is van het Romeins recht, meer bepaald van het *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus.

Daarnaast wordt de term Civil law ook gehanteerd in de tegenstelling met strafrecht. Het is hier eerder de procedure die een onderscheid maakt tussen beide. Civil law voorziet de procedure en oplossingen voor disputen tussen private personen. Strafrecht, '*criminal law*', regelt dan weer de procedure en sancties voor daden van personen die gezien worden als misdrijven.

Er is nog een derde context waarin het begrip Civil law gebruikt wordt. Zoals reeds gezegd, maakt men in Civil law-landen een onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht. Het privaatrecht bestaat grotendeels uit burgerlijk recht, civil law, dat nog eens in subcategorieën wordt onderverdeeld. Daarom plaatst men dikwijls Civil law tegenover publiekrecht, omdat het overgrote deel van privaatrecht uit civil law bestaat.

In de laatste betekenis contrasteert Civil law met handelsrecht, of nog '*commercial law*'. Dit onderscheid wordt gemaakt op basis van de inhoud van de Burgerlijke Wetboeken van verschillende Civil law-landen. Deze civiele codes regelen een groot deel van het privaatrecht, terwijl het handelsrecht in een ander wetboek wordt geregeld en het er dus geen deel van uitmaakt. Om die reden geeft men Civil law nog een andere betekenis in tegenstelling tot handelsrecht¹¹⁰.

Afdeling 2: Bronnen van het recht

50. In Civil law-landen maakt men een fundamenteel onderscheid tussen primaire rechtsbronnen en secundaire rechtsbronnen. De primaire zorgen voor bindende rechtsregels, de secundaire beschouwt men meer als autoriteiten. De primaire rechtsbronnen zijn wetgeving en gewoonte. De secundaire bronnen kunnen een rol spelen als de primaire bronnen het laten afweten, onduidelijk of onvolledig zijn. Rechtspraak en rechtsleer zijn secundaire bronnen. Deze kunnen nooit bindend zijn en zijn ook nooit noodzakelijk of voldoende als basis voor een rechterlijke uitspraak, in tegenstelling tot de primaire rechtsbronnen. Het principe is dat de wetgeving de hoogste rechtsbron is, de rechtspraak

¹⁰⁹ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 149-152.

¹¹⁰ P. DE CRUZ, *Comparative law in a changing world*, London, Cavendish Publishing Limited, 1995, 43-46.

nooit met precedënten kan werken en de rechterlijke beslissingen niet bindend zijn. Uit de praktijk blijkt echter dat er een aanzienlijke tegenstrijdigheid bestaat tussen theorie en praktijk. Er moet ook nog opgemerkt worden dat de bronnen van recht en hun houding ten opzichte van elkaar kunnen verschillen van land tot land en van materie tot materie, binnen het groter geheel van Civil law¹¹¹.

§1. Wetgeving

51. De wetgeving is doorheen de geschiedenis van Civil law de voornaamste rechtsbron geweest en gebleven. In de Middeleeuwen begon men op het vasteland het Romeins recht aan de universiteiten te bestuderen. Hierbij baseerde men zich op het Corpus Iuris Civilis, het meest uitgebreide wetgevend corpus dat voorhanden was. Men kon er voor ieder probleem een antwoord vinden. Er werd geen enkele andere rechtsbron meer toegelaten, de wetgeving voorzag alles. Men was de mening toegedaan dat het Romeins recht geen enkele lacune kende, ook al waren die er in de praktijk wel. Deze traditie leeft vandaag de dag nog steeds voort. Het Romeins recht is vervangen door wetboeken, maar het standpunt is hetzelfde gebleven. Men ziet de wetgeving als een volledig en sluitend systeem. Het is dan ook overbodig om andere bronnen van recht te consulteren: de wetgeving regelt alles, andere bronnen zoals gewoonte en rechtspraak spelen maar een rol voor zover de wetgeving dat toelaat.

Het concept wetgeving moet voor Civil law-landen echter wat genuanceerd worden. Het houdt niet alleen de regels uitgevaardigd door de wetgever in. Wetgeving bevat nog veel meer. Er bestaat regelgeving van een uitvoerende instelling, een administratief orgaan of van de deelstaten in een federale staat. Bovendien moet opgemerkt worden dat het belang van de codes afzwakt. Ze vormen nog steeds een belangrijk deel van het wetgevend corpus, maar ze worden steeds meer aangevuld met afzonderlijke wetten. De verschillende types wetgeving staan er ook in een hiërarchische verhouding ten opzichte van elkaar¹¹².

52. Ook al houdt men voor dat de wetgeving in alles voorziet en niet hoeft geïnterpreteerd of uitgebreid te worden, toch valt op te merken dat de wetgever zelf de eindigheid van zijn creativiteit inziet. Men formuleert de wetgeving zodanig ruim om zoveel mogelijk situaties onder deze bepalingen te laten vallen. In veel landen voorzien codexen dan ook in algemene principes, die men kan toepassen als de specifieke, individuele bepalingen geen soelaas bieden. Men noemt deze ook wel eens '*general clauses*'. Deze general clauses zijn bepalingen van zodanige breedte dat ze het

¹¹¹ M.A. GLENDON, M.W. GORDON en P.G. CAROZZA, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 125-126.

¹¹² M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 126-128.

effect van meer starre bepalingen aanpassen. Men voert dergelijke bepalingen in om ervoor te zorgen dat men altijd op een wetsebepaling kan terugvallen. Net omdat men die bepalingen zo algemeen en ruim formuleert laat het veel speelruimte open voor zowel jurisprudentie als rechtsleer. Het is niet de bedoeling van de wetgever om te voorzien in dergelijke brede bepalingen. Maar vanuit de opvatting dat men zoveel mogelijk onder de wetten wil laten vallen en daarom dergelijk ruime bepalingen invoert, komt men tot de constellatie dat veel situaties net niet onder die regelgeving vallen. Een voorbeeld van een algemeen principe is het Belgische artikel 1382 BW. Dit is het enige artikel dat bestaat over de onrechtmatige daad. Het stelt in zeer algemene bewoordingen 'wie schade veroorzaakt of ervoor verantwoordelijk is, moet ze vergoeden'. Meer dan dat zegt de wet niet. Het is dan ook heel evident dat er zich problemen voordoen in verband met de toepassing en de invulling van dit principe. In situaties zoals deze tonen rechtspraak en rechtsleer wat ze kunnen betekenen voor een rechtsorde. De problematiek van de onrechtmatige daad wordt grotendeels jurisprudentieel geregeld. Ook het begrip goede trouw of goede zeden laat veel aan de verbeelding over. Dit om maar aan te tonen dat ook de alomvattendheid van de wetgeving eindig is¹¹³.

53. Na de verschillende codificatiegolven ging de aandacht van juristen volledig naar de codes, naar het taalgebruik, de structuur, de interne verhoudingen tussen de delen,... Zo ontstond een enorm volume aan literatuur rond interpretatie van de codes. Men droomde van codes die al het recht bevatten en waarvan de bepalingen zo konden worden toegepast. Deze droom werd echter geen werkelijkheid: de interpretatietechniek werd een intrinsiek deel van het rechtssysteem. Onder het algemeen begrip interpretatie kunnen vier soorten onderscheiden worden. Een eerste soort interpretatie heeft betrekking op het taalgebruik: de vaststelling van de taalkundig meest plausibele betekenis van de gehanteerde woorden. Als de ene betekenis veel aannemelijker is dan de andere en ze kan worden toegepast in de voorliggende zaak, zal de rechter voor die betekenis opteren. Deze interpretatie wordt soms zo vanzelfsprekend dat men ze automatisch en onbewust toepast. De andere technieken moet men bewuster gaan toepassen. De tweede methode hanteert men wanneer er zich een dubbelzinnige regel, onduidelijke bepaling of een tegenstrijdigheid tussen regels voordoet. De derde methode komt voor wanneer er zich een hiaat in de wetgeving bevindt. Deze twee methodes kenmerken zich door het gebruik van verschillende werkwijzen die allemaal dezelfde finaliteit hebben, namelijk de wetsebepaling volledig en duidelijk te kunnen toepassen. Een laatste interpretatietechniek komt op de voorgrond als de tweede en derde methode geen soelaas bieden, omdat de wet niets zegt over een bepaalde situatie of wanneer een oude wet door gewijzigde

¹¹³ R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of law*, Tübingen, Mohr, 1984, 139-140; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 140-141; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 44.

omstandigheden niet meer kan worden toegepast. De rechter zal hier verder moeten gaan dan gewoon interpreteren, hij zal zelf wetgeving moeten creëren, weliswaar onder het mom van interpretatie. Er moet wel opgemerkt worden dat het creëren van recht door de rechter in deze laatste methode verschilt van land tot land, zowel in de mate waarin het openlijk erkend wordt, de manier waarop de rechters te werk gaan als in de mate van de vrijheid die ze zichzelf toeschrijven. Toch aanvaardt men in de meeste stelsels dat rechters, wanneer ze de vierde techniek bezigen, een bescheiden wetgevende functie uitoefenen¹¹⁴.

§2. Rechtspraak

54. In theorie is de rechtspraak eigenlijk geen bron van recht in Civil law. Een rechterlijke uitspraak heeft immers alleen maar uitwerking voor de partijen in het geding en voor niemand anders. Dergelijke beslissing is dan niet bindend voor andere rechtbanken, noch voor derden. Er is geen sprake van een stare decisis-werking. De rechtspraak bepaalt geen nieuwe rechtsregels die in de toekomst zullen worden toegepast. Civil law-rechters moeten hun uitspraken motiveren en als motivatie verwijzen naar een vroegere uitspraak, dat doet men niet. Het wordt niet uitdrukkelijk verboden, maar het is eigenlijk overbodig. Men neemt immers aan dat men best een wet, een gewoonte of zelfs billijkheid aanneemt als reden in plaats van een vroegere rechterlijke beslissing. Het recht in Civil law-landen neemt de vorm aan van geschreven wetten, niet van precedents. De redenering die hierachter schuilgaat, is dat wetgeving uitdrukking geeft aan het beeld van gerechtigheid van het volk, doordat het gecreëerd wordt door vertegenwoordigers van het volk. Men acht de rechters minder of niet geplaatst om te bepalen volgens welke regels een samenleving zich moet organiseren. Rechters hebben niet de tijd, noch de mogelijkheden om grondig onderzoek te doen. Bovendien is hun aandacht hoofdzakelijk gevestigd op de zaak die voor hen ligt en men vreest dat ze zich niet zullen kunnen lostrekken uit deze context om te bepalen wat de maatschappij en het algemeen belang nodig heeft, los van elke mogelijke partijdigheid. De functie van de rechter is een oordeel vellen, niet recht maken. Dit standpunt gaat zelfs terug tot in de tijd van keizer Justinianus. Rechterlijke beslissingen moeten dus beperkt blijven tot het toepassen van de rechtsregels en gerechtvaardigd worden door bronnen van recht, anders dan precedents. Dit principe krijgt zelfs geen wetgevende uitdrukking, het wordt overal zonder discussie aangenomen. Rechtspraak is geen bron van recht¹¹⁵.

¹¹⁴ M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 137-146; E. STEINER, *French legal method*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 57-66.

¹¹⁵ R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of Law*, Tübingen, Mohr, 1984, 115-117; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 130-131.

Deze theorie moet echter genuanceerd worden. Moderne Civil law-landen zijn ondertussen al in grote mate van dit principe afgestapt. In de praktijk gaat het er anders aan toe dan deze theorie doet vermoeden. Deze doctrine strekt zich alleen maar uit tot een echte precedenterwerking, geen stare decisis dus. Men bedoelt enkel dat rechters nooit gebonden zijn door een vroeger precedent, dat ze niet verplicht zijn om die te volgen en dat het geen voldoende rechtvaardiging is om in de motivering te verwijzen naar een uitspraak waarin het voorliggende probleem eigenlijk al beslist was en waarin de wetgeving al in een bepaalde richting geïnterpreteerd was. In de praktijk speelt de rechtspraak wel degelijk een aanzienlijke rol in Civil law-rechtssystemen. Het is zo dat de rechters onder het mom van interpretatie de wetgeving dikwijls ombuigen en zelfs dat rechters bepaalde uitspraken van dergelijk groot belang achten dat ze niet anders kunnen dan er een zuiver precedent in zien¹¹⁶.

55. Bekijkt men de Civil law-theorie inzake rechtspraak van dichterbij, dan kan men er een aantal bijzondere eigenschappen in terugvinden. Eerst en vooral is het niet simpel voor een hoog gerechtshof om een zaak in een bepaalde richting op te lossen en daarna een gelijkaardige zaak in een andere richting te beantwoorden. Daarom voorziet men vaak in een procedure voor het geval dat een afdeling van het hooggerechtshof van een vroegere uitspraak wil afwijken. Dan doet men een beroep op een overkoepelende, gemeenschappelijke afdeling van het hof. Deze moet zich uitspreken over het twistpunt en moet daarbij vooral de rechtszekerheid in acht nemen. Een voorbeeld van dergelijke procedure kan gevonden worden in Duitsland. Daar kan een afdeling van het hoogste gerechtshof een vraag over de wet indienen bij de overkoepelende afdeling van dat gerechtshof, als de vraag van fundamenteel belang is en het antwoord op de vraag noodzakelijk is voor de ontwikkeling van het recht of het behouden van de uniformiteit onder de rechterlijke uitspraken. In andere landen, zoals Italië, Frankrijk en Zwitserland, volgt men dit Duitse systeem ook, weliswaar met enkele wijzigingen of variaties¹¹⁷.

Ten tweede mag de feitelijke invloed van uitspraken van hogere rechtbanken op de lagere rechtbanken niet onderschat worden. Uitspraken van bepaalde hogere rechtbanken, zoals het Hof van Cassatie, oefenen in veel Civil law-landen een morele invloed uit op de lagere rechtbanken. Deze uitspraken zijn niet bindend, maar toch beschouwt men ze als meer dan alleen maar een morele autoriteit. Hier kunnen bijvoorbeeld de uitspraken met '*erga omnes*'-werking vermeld worden. De rechter neemt een beslissing in een individuele zaak, maar deze krijgt uitwerking ten aanzien van

¹¹⁶ R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of Law*, Tübingen, Mohr, 1984, 115-117.

¹¹⁷ A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 30; R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of law*, Tübingen, Mohr, 1984, 117-120; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 131-132; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 44; K. ZWIEGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 262.

iedereen. Dit is ongewoon voor Civil law. Men neemt er immers aan dat een rechterlijke beslissing alleen voor de partijen in het geding uitwerking heeft, ook wel ‘*inter partes*’-werking genoemd. De erga omnes-werking van de uitspraak creëert niet echt een nieuwe rechtsregel, maar het neemt niet weg dat er toch een bepaald gezag van uitgaat. Ook halen advocaten in hun betogen vaak vroegere rechtspraak aan. De rechter is niet gebonden door deze geciteerde uitspraken, maar de advocaat verwijst ernaar om aan te tonen dat men in andere zaken een bepaalde richting is uitgegaan, die men ook in zijn zaak zou kunnen toepassen. Men gebruikt het als argument en als overtuigingsmechanisme. Dergelijke manier van werken toont ook aan dat het argument van de advocaat perfect past in de rest van het recht, zoals binnen de aangehaalde zaak. Dit kan tot gevolg hebben dat een rechter in een voorliggende zaak de mening van een collega-rechter gaat volgen omdat het hem billijk lijkt. Maar zo ontstaat er wel een geneigdheid om uitspraken van andere rechters te volgen en hebben de gevolgde uitspraken toch meer dan gewone morele invloed. Nog een tendens die blijk geeft van het stijgend belang van hogere rechtspraak, is de verplichting voor een rechtbank, waarnaar het Hof van Cassatie een zaak heeft terugverwezen, om uitspraak te doen in de voorliggende zaak overeenkomstig de interpretatie van de wet door het Hof van Cassatie. In bepaalde landen, bijvoorbeeld Italië, zijn rechtbanken gebonden na een eerste cassatie-arrest en terugverwijzing. Andere landen, zoals België en Frankrijk, menen dat men de rechters niet zo strak mag binden en nemen aan dat de rechters dan maar gebonden zijn door de mening van het Hof als er een tweede cassatie-arrest en terugverwijzing komt. Het Hof van Cassatie maakt in dergelijke gevallen echter geen nieuw recht, in een nieuwe zaak volstaat het niet naar dergelijke rechtspraak te verwijzen. Het heeft echter wel een doorslaggevende invloed op de uitspraak van de rechtbank waarnaar wordt terugverwezen¹¹⁸.

Derde eigenschap vindt men terug in landen waar men een onafhankelijke rechtbank heeft om de grondwettelijkheid van bepalingen na te gaan. In die gevallen is het immers zo dat de uitspraken van dat grondwettelijke hof kracht van wet kunnen hebben. Duitsland, België en Italië hebben zo’n grondwettelijk hof. Uitspraken van dit rechtsorgaan worden meestal gepubliceerd, hebben dan kracht van wet en zijn bindend voor iedereen¹¹⁹.

¹¹⁸ J. BELL, S. BOYRON en S. WHITTAKER, *Principles of French law*, New York, Oxford University Press, 2008, 27-28; H. BOCKEN en W. DE BONDT, *Introduction to Belgian law*, Den Haag, Kluwer law international, 2001, 35; A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 30; R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of law*, Tübingen, Mohr, 1984, 117-120; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 131-132; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 44; K. ZWIEGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 262.

¹¹⁹ A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 30; R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of law*, Tübingen, Mohr, 1984, 117-120; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint

Ten vierde heeft een vaststaande rechtspraakverzameling nagenoeg overal grote autoriteit. Sommige landen geven aan een serie vaststaande rechterlijke uitspraken bindende kracht via wetgeving. Spanje past dit systeem toe. Anderen zien in dergelijke rechtspraak een gewoonterechtelijke regelgeving die dan als gewoonte bindend is. Dit is het geval in Duitsland. Vanuit het standpunt van de historische school, die in Duitsland propageerde tegen de codificatie, was het gemakkelijk om tot dergelijk standpunt te komen. Zij gaven het recht een gewoonterechtelijke basis en zagen juristen als de geschikte actoren om het gemeenschappelijk gevoel van gerechtigheid te interpreteren¹²⁰.

Ten slotte is het zeer opmerkelijk dat bepaalde stukken van het recht bijna uitsluitend jurisprudentieel tot stand zijn gekomen en dit op een manier die dicht aansluit bij de common law-methode. Dit is bijvoorbeeld het geval voor het leerstuk van de onrechtmatige daad in Frankrijk en België, maar denk ook aan de theorie van de goede trouw en de precontractuele aansprakelijkheid¹²¹.

56. De publicatie van rechterlijke uitspraken wijst ook op het de facto belang van de rechtspraak in Civil law. De bedoeling is om de rechtspraak algemeen bekend en toegankelijk te maken. In alle Civil law-landen wordt aan rechterlijke verslaggeving gedaan, hoofdzakelijk voor het gebruik door juristen. Soms wordt de publicatie door het recht zelf vooropgesteld. Dit toont aan dat de wetgevende organen toch bereid zijn om een bepaalde mate van gezag toe te kennen aan bepaalde categorieën van rechtspraak¹²².

57. Een rechterlijke beslissing heeft in Civil law-landen een feitelijk gewicht gekregen om dezelfde redenen als het stare decisis-systeem in Common law. De redenen gaan tot in het diepste van een rechtssysteem: de vereiste van rechtszekerheid en voorspelbaarheid, de eis naar eerlijkheid en de overweging dat gerechtigheid ook effectief moet geschieden. Hoe dan ook worden Civil law-juristen en rechters tot dusver beperkt in de ontwikkeling van een werkbaar precedentensysteem door het

Paul Minn., West Group, 1999, 131-132; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 44; K. ZWEIGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 262.

¹²⁰ A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 30; R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of law*, Tübingen, Mohr, 1984, 117-120; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 131-132; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 44; K. ZWEIGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 262.

¹²¹ J. BELL *et al.*, *Principles of French law*, New York, Oxford University Press, 2008, 28-29; A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 30; R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of law*, Tübingen, Mohr, 1984, 117-120; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 131-132; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 44; K. ZWEIGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 262.

¹²² R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of law*, Tübingen, Mohr, 1984, 120.

feit dat een enkele, op zichzelf staande zaak geen bindende kracht heeft. Hierbij zou de Common law-methode wederom behulpzaam kunnen zijn. De eeuwenlange ervaring met case-law en law-making uit case law zou op het continent van groot belang kunnen zijn om de rechtspraak beter te doen werken. Men moet nog een lange weg afleggen vooraleer men een werkbaar precedentensysteem zal hebben, maar de eerste stap is gezet¹²³.

§3. Rechtsleer

58. Rechtsleer neemt van oudsher een belangrijke plaats in de Civil law-rechtsordes in. Er werd reeds aangehaald dat men er in Civil law-landen van uitgaat dat de wetgeving allesomvattend is. Het voorziet voor iedere mogelijke situatie een uitweg. Maar toch is ook wetgeving niet feilloos, het bevat ook gaten die men op een andere manier moet proberen in te vullen. De wetgeving is de primaire rechtsbron. Als deze geen soelaas biedt, beroept men zich op de secundaire rechtsbronnen rechtspraak en rechtsleer. De rechtsleer wordt beschouwd als een autoritaire bron van recht, die echter geen bindende kracht heeft, maar wel een bepaald aanzien. Rechtsgeleerde werken hebben in het Civil law-systeem het meeste prestige en invloed, in vergelijking met andere tradities. Dit is geen verrassing als men de geschiedenis bekijkt. Eeuwenlang werden juristen aan universiteiten opgeleid aan de hand van een theoretisch uitgangspunt, waarbij rechtsgeleerde werken centraal stonden. Het recht werd een wetenschap. Ook rechters werden zo opgeleid, zo had de rechtsleer wel degelijk zijn impact. Een professor in de rechten geniet ook nu nog een aanzienlijk respect. Boeken en geschriften van verschillende auteurs zijn al vaak van het grootste belang geweest. Vaak worden ook gezaghebbende werken in gerechtelijke uitspraken aangehaald. Bovendien hebben Civil law-stelsels het soms aan rechtsgeleerde schrijvers overgelaten om de rechtspraak te organiseren en te analyseren. Doordat rechters tijdens hun opleiding in contact komen met dergelijke rechtsleer, zou men kunnen stellen dat de rechtsleer indirect het begrip van de rechtspraak door de rechters vormt. De invloed van juristen heeft in de loop van de geschiedenis zijn ups en downs gekend, maar toch behield het zijn plaats en status. Ook wanneer in de 19^{de} en de 20^{ste} eeuw het wettenrecht een enorme vooruitgang kende, liet de rechtsleer zich niet kennen en vocht het voor zijn plaats in de rechtsorde. Tegenwoordig mag het belang van de rechtsleer niet onderschat worden. Het is algemeen bekend dat Civil law-rechters de geleerde werken goed in het oog houden. Variërend naargelang van de omstandigheden komt het toch voor dat de aanhoudende kritiek van de

¹²³ M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 133-134; K. ZWIGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 269.

rechtsleer leidt naar een nieuw onderzoek of zelfs naar het volledig verlaten van de bestaande rechterlijke meningen¹²⁴.

§4. Gewoonte

59. Algemeen wordt de gewoonte beschouwd als een primaire rechtsbron in Civil law. In de praktijk is men er zich toch routinematig minder gaan op beroepen omwille van het steeds geringer wordende praktisch belang. Het sociaal leven is vandaag nagenoeg volledig geregeld door enige vorm van wetgeving, zij het op lokaal, regionaal, nationaal of Europees niveau. Sommige landen houden nog sterk vast aan de gewoonte als primaire, bindende rechtsbron, zoals Spanje. Andere landen hechten minder belang aan de gewoonte, maar ze blijft er toch nog steeds bindende kracht hebben. In dit geval zijn wel verschillen merkbaar tussen de houdingen van de landen. Stelsels zoals Duitsland laten toe dat men de gewoonte boven geschreven, vaststaande wetgeving plaatst. Andere systemen aanvaarden de gewoonte als aanvulling op de wetgeving, maar aanvaarden niet dat het de wetgeving opheft. Frankrijk is één van die stelsels. Zoals blijkt, is de houding ten opzichte van de gewoonte nogal ambigu¹²⁵.

§5. Hiërarchie van de rechtsbronnen

60. De hiërarchie van de rechtsbronnen in Civil law-landen ziet er als volgt uit:

Wetgeving

Rechtspraak

Gewoonte

Rechtsleer

Civil law ontwikkelde zich doorheen de geschiedenis via wetgeving. Daarom is deze bron de dag van vandaag nog steeds de voornaamste. De rechtspraak beschouwde men vroeger niet als een bron, maar heden ten dage speelt ze toch een belangrijke rol. Naar de gewoonte wordt nog dikwijls verwezen. Men maakt er nog veelvuldig gebruik van in alle takken van het recht. De rechtsleer, vervolgens, is in Civil law zeer omvangrijk. Dat heeft men te danken aan de universiteiten. De

¹²⁴ J. BELL *et al.*, *Principles of French law*, New York, Oxford University Press, 2008, 33-35; R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of law*, Tübingen, Mohr, 1984, 142-144; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 134-135; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 48.

¹²⁵ H. BOCKEN en W. DE BONDT, *Introduction to Belgian law*, Den Haag, Kluwer law international, 2001, 35; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 129; G. ROBBERS, *An introduction to German law*, Baden-Baden, Nomos, 1998, 21.

rechtsgeleerde werken worden veel gebruikt en men doet regelmatig een beroep op het deskundige oordeel van menig professor¹²⁶.

§6. Het rechtsonderwijs in Civil law-landen

61. Wat het rechtsonderwijs op het Europese continent betreft, kunnen drie essentiële elementen opgemerkt worden die in nagenoeg ieder Civil law-land voorkomen.

Een eerste element noemt men ook wel *'the grammar of law'*. Hiermee duidt men een netwerk aan van nauwkeurig samenhangende begrippen, algemene principes en geclassificeerde ideeën. De student wordt ingeleid in een specifiek systeem van juridisch redeneren. Wat kenmerkend is voor een Civil law-rechtsstudent is dat men op een afstand van praktijk en feiten wordt gehouden. Men start zijn studies met een kant-en-klare uiteenzetting van de volledige organisatie, methodes, systeembeginselen en het netwerk dat hiertussen bestaat. Men begint zijn opleiding zeer algemeen om naar het einde van de studies toe wat dieper in te gaan op bepaalde takken van het recht. Als men het opleidingsaanbod van de Universiteit Gent even bekijkt, is deze eigenschap van Civil law-rechtsonderwijs merkbaar. De Bacheloropleiding van drie jaar is hoofdzakelijk gebaseerd op algemene en verplichte vakken. Deze dienen als basis voor de verdere opleiding van de jurist. Als men daarna in de Masteropleiding terecht komt, kan men veel meer vakken zelf kiezen volgens eigen interesse. Bovendien kan men hier zien dat het gaat om meer gedetailleerde vakken. Men werkt met grondige studies en bijzondere studies en bovendien moet men een keuze maken tussen drie majors, waaruit de specialisatiegraad duidelijk blijkt. Men gaat van start met een algemene inleiding van het rechtssysteem en de basisprincipes en daarop kan men dan voortbouwen voor het vervolg van de opleiding. Bovendien maakt men de studenten vertrouwd met het juridisch jargon. Grammatica is de basis van een taal, een algemeen begrip van het rechtssysteem is de basis voor een goede jurist, grammar of law dus¹²⁷.

¹²⁶ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 41-43; G. ROBBERS, *An introduction to German law*, Baden-Baden, Nomos, 1998, 22-25.

¹²⁷ J.H. MERRYMAN en D.S. CLARK, *Comparative law: Western European and Latin American legal systems, cases and materials*, Indianapolis, Bobbs – Merrill, 1978, 397-402; zie <http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/BACH/BBRECH/000104/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009) ; zie <http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/BACH/BBRECH/000204/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009) ; zie <http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/BACH/BBRECH/000304/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009) ; zie <http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/MABA/BMRECH/000103/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009) ; zie <http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/MABA/BMRECH/000204/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009) ; zie http://www.kuleuven.be/onderwijs/aanbod/opleidingen/N/SC_50289127.htm (consultatie 07 mei 2009) ; zie http://www.kuleuven.be/onderwijs/aanbod/opleidingen/N/SC_50269079.htm (consultatie 07 mei 2009).

Een tweede element dat men in Civil law-rechtenopleidingen kan terugvinden is het panoramisch overzicht. Men geeft een uitgebreid overzicht van de verschillende rechtstakken en de grote summa divisio in het recht. Aan de jonge jurist in wording geeft men de grote lijnen van het privaatrecht en het publiekrecht mee. Men vreest er immers voor dat als een jonge jurist er niet in slaagt die grote lijnen te onderscheiden, hij of zij dat ook in de praktijk niet zal kunnen¹²⁸.

Het laatste opmerkelijke element is een initiatie in juridische redeneringsmodellen. Civil law geeft weinig training in het praktisch denken als een jurist. In Common law en dan vooral in de Verenigde Staten wordt daar heel veel aandacht aan besteed. Nochtans is het niet zo dat er absoluut geen redeneringswijzen aan de studenten worden bijgebracht. Men wordt immers blootgesteld aan de manier van werken en redeneren van de faculteit waaraan men les volgt. Algemeen vertrekt men van een redeneringswijze waarbij bijzondere problemen verbonden worden aan een reeks van regels, principes en ‘*grammatical*’ ideeën. Een goede rechtenopleiding moet volgens Civil law-juristen deze drie elementen bevatten. Als studenten deze drie elementen onder de knie hebben, doopt men hen om tot volwaardige juristen¹²⁹.

62. Op het Europese continent wijdt men zich minder aan de praktische kant van de opleiding. Daarbij mag men evenwel niet zover gaan dat men beweert dat Civil law-juristen het nut ervan niet inzien. Men gaat ervan uit dat men op school niet zowel theoretisch als praktisch een volledige opleiding kan geven, men moet ergens een onderscheid maken. In Civil law opteert men voor een theoretische opleiding, waarbij het praktische aspect na de studies in de stages aan bod komt. Ook hier kan het nuttig zijn een blik te werpen op de pagina's uit de inhoudsopgaven in bijlage. Het toont het contrast tussen Common law-aanpak en Civil law-aanpak goed aan en bovendien ziet men zo ook goed dat men in Civil law toch wel veel minder casusgericht is. De overvloed aan verwijzingen naar rechtspraak in de Engelse inhoudsopgave ontbreekt in de Belgische. De theorie is in Civil law belangrijker dan de praktijk. Wat wel moet worden opgemerkt, is dat men toch meer en meer toenadering zoekt tot de praktische kant van een rechtenopleiding. Men wordt zich bewust van het belang van de rechtspraak en de praktijk voor een jurist in opleiding en probeert hen dan ook vertrouwd te maken met de praktijk. Denk maar bijvoorbeeld aan de invoering van praktische oefeningen in het curriculum van een rechtenopleiding aan de Universiteit Gent of aan de werkcolleges aan de Katholieke Universiteit Leuven. In deze oefenmomenten maakt men de

¹²⁸ J.H. MERRYMAN en D.S. CLARK, *Comparative law: Western European and Latin American legal systems, cases and materials*, Indianapolis, Bobbs – Merrill, 1978, 397-402.

¹²⁹ J.H. MERRYMAN en D.S. CLARK, *Comparative law: Western European and Latin American legal systems, cases and materials*, Indianapolis, Bobbs – Merrill, 1978, 397-402.

studenten vertrouwd met de praktische kant van het recht aan de hand van oefeningen en taken¹³⁰. De rechtenopleiding op het Europese continent is nog steeds hoofdzakelijk theoriegericht, maar de praktijk stijgt in belang en neemt een meer gewichtige plaats in. Ook hier kan de invloed van de Europese Unie, de BAMA-hervormingen en programma's als ERASMUS gevoeld worden. Engelse studenten komen naar hier of studenten van op het continent gaan naar Engeland en hun manier van denken laat hier toch wel zijn sporen na¹³¹.

¹³⁰ Zie <http://www.law.ugent.be/fsa/rechten.html> (consultatie 07 mei 2009); zie http://www.kuleuven.be/onderwijs/aanbod/opleidingen/N/SC_50269079.htm (consultatie 07 mei 2009) ; zie http://www.kuleuven.be/onderwijs/aanbod/opleidingen/N/SC_50269079.htm (consultatie 07 mei 2009).

¹³¹ A. BURROWS, *A casebook on contract*, Portland, Hart Publishing, 2007, XI-XXIII; J.M.J. CHORUS, P.H. GERVER, E. HONDIUS en A. KOEKKOEK, *Introduction to Dutch law*, Den Haag, Kluwer law international, 1999, 57-58; B. DE WITTE en C. FORDER, *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, 81-83; C. ELLIOTT en C. VERNON, *French legal system*, Harlow, Longman, 2000, 210-212; M.A. GLENDON *et al.*, *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, 75-77; E. STEINER, *French legal method*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 192-194; D. STERCKX *et al.*, *Zo werkt Europa*, Kortrijk, UGA, 2007, 308-311; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, inhoud.

Hoofdstuk 5 – Een toepassing op het contractenrecht: de goede trouw in Common law en Civil law

63. Verschillende internationale bepalingen en rechtsregels stellen het principe van goede trouw in contractenrecht voorop. Zo vindt men bijvoorbeeld zowel in de *Principles of European Contract Law*¹³² van de Lando Groep als in de *Principles of International and Commercial Contracts*¹³³ van UNIDROIT bepalingen terug die stellen dat elke partij bij het vormen en uitvoeren van een contract moet ageren overeenkomstig het eerlijk handelen en de goede trouw. Ook nationaal recht erkent het principe van goede trouw bij voorafgaande onderhandelingen en uitvoering van een contract, bijvoorbeeld het Duitse¹³⁴, Franse¹³⁵ en Italiaanse¹³⁶ recht. Als men aan Engelse juristen zou vragen of ze een algemene theorie van goede trouw kennen, zouden die antwoorden met een stevige 'nee'. Als men tegen hen zou zeggen dat andere stelsels dat wel kennen en het goed functioneert, zouden Engelse juristen repliceren dat dergelijke problemen bij hen op een andere manier worden opgelost. Zij vertrouwen op een aantal specifieke theorieën die erop gericht zijn eerlijk handelen veilig te stellen, net zoals goede trouw, maar zij schuwen hierbij alles wat ook maar met een algemene goede trouw-principe kan te maken hebben. Wat men onder goede trouw verstaat verschilt van land tot land, maar het meest opvallende onderscheid dat hier aan de orde is, is dat men in Civil law-landen sinds jaar en dag met het algemeen goede trouw-principe werkt, terwijl Engeland pas in de laatste decennia echt kennis maakte met een algemene toepassing van goede trouw. In de Engelse rechtsorde werkte men wel al met goede trouw, maar dan eerder als een strikte regel die specifiek op één situatie of toestand van toepassing was. Zo kent men goede trouw in het verzekeringsrecht, in de agentuur,... Maar steeds is de toepassing, de draagwijdte en de interpretatie ervan beperkt tot die specifieke context waarin het aangegeven is. De algemene goede trouw-theorie werd in het Engelse contractenrecht geïntroduceerd door een Europese richtlijn, die Engeland moest implementeren. Langzaam aan begint men in Engeland toch warm te lopen voor een algemene goede trouw-theorie¹³⁷. Wat dit precies tot gevolg heeft, wordt hierna duidelijk.

¹³² Art. 1:201 Principles of European Contract law (<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/doc.html#29>; http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm; consultatie 07 mei 2009).

¹³³ Art. 1.7 Unidroit Principles of International and Commercial Contracts 2004 (<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>; consultatie 07 mei 2009).

¹³⁴ Art. 242 BGB

¹³⁵ Art. 1110 ev. en 1134 *Code Civil*

¹³⁶ Art. 1366, 1375, 1175 en 1337 *Codice Civile*

¹³⁷ R. BROWNSWORD, N.J. HIRD en G. HOWELLS, *Good Faith in Contract: concept and context*, Aldershot, Ashgate, 1999, 1-2; A.D.M. FORTE, *Good faith in contract and property law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 40-41; M. FURMSTON, T. NORISADA en J. POOLE, *Contract formation and letters of intent: a comparative*

§1. Goede trouw in het Engelse recht

64. Zoals reeds vermeld, is het principe goede trouw als algemeen principe vreemd aan het Engelse recht. Naar aanleiding van een Europese Richtlijn inzake consumentenbescherming van 1993¹³⁸ kwam Engeland in contact met de gedachte van de goede trouw zoals die leeft op het Europese continent. Voordien schuwde men de toepassing van een algemeen principe van goede trouw. Common law gaat immers uit van een eerder individualistisch marktmodel. Men vertrekt van de idee dat men eerder op zichzelf aangewezen is en voor zichzelf moet zorgen. Mensen behartigen dan ook vaak hun eigen belangen. Maar er zijn gevallen mogelijk waarin men misbruik maakt van iemands zwakheid of waarin men het evenwicht tussen de partijen aantast. Het is in die gevallen dat een algemeen goede trouw-principe soelaas kan bieden. Het Engelse recht is die mening echter minder toegedaan. Een algemene goede trouw-plicht is in geen enkel stadium van contracteren vereist. Men vereist wel een bepaalde graad van rechtvaardigheid, redelijkheid en eerlijkheid, maar men beschouwt deze niet als goede trouw. Er wordt ook geopperd dat het niet wenselijk is om dergelijk systeem in te voeren in het Engelse recht, want het zou volgens Engelse juristen voor veel praktisch onheil kunnen zorgen. Men lost de mogelijk problemen en precontractuele wantoestanden op met andere, eerder fragmentaire middelen, wat men ook wel de *'piecemeal approach'* noemt. Men kan zich bijvoorbeeld beroepen op middelen als *misrepresentation, mistake, illegality, duress, undue influence, incapacity, frustration, unconscionable conduct* of *unconscionable bargains, inequality of bargaining power* en nog vele andere om aan het onrechtvaardige resultaat van een contract te ontkomen. Deze aloude principes leven nog zeer sterk in de Engelse rechtsorde. Uit de veelheid van deze middelen kan men de zeer fragmentaire aanpak zien. In het kader van deze studie is het niet de bedoeling om een uitgebreide en volledige toelichting te geven van elk van deze principes¹³⁹. Er wordt hier geopteerd om dieper in te gaan op implied terms, duress, undue influence en inequality

assessment, Chichester, Wiley, 1997, 271-271; M.P. FURMSTON, G.C. CHESHIRE en C.H.S. FIFOOT, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract*, New York, Oxford University Press, 2007, 32-33; A.M. MUSY, "The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures", *Global Jurist Advances* 2001, (1) 1-2; M.E. STORME, "Good faith and the contents of contracts in European private law", *EJCL* 2003, afl. 7.1, www.ejcl.org, (1) 4-9; G. TEUBNER, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", *MLR* 1998, afl. 61, (11) 11; R. ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 12-16.

¹³⁸ RL 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

¹³⁹ Voor meer informatie over andere middelen, zie G. APPLEBEY, *Contract law*, London, Sweet and Maxwell, 2001, LIV+499 p.; H.G. BEALE, W.D. BISHOP en M.P. FURMSTON, *Contract: cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, LIX+1269 p.; A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, CCXLV+1848 p.; J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, XXXV+299 p.; M.P. FURMSTON *et al.*, *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, New York, Oxford University Press, 2007, LI+828 p.; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave Macmillan Law Masters, 2007, XLVI+473 p.; R. MURRAY, *Contract law: the fundamentals*, London, Sweet and Maxwell, 2008, XXV+264 p.; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, CLI+1117 p.; R. UPEX, *Davies on contract*, London, Sweet and Maxwell, 1999, XXVIII+294 p.

of bargaining power. Deze principes zijn nog steeds van zeer groot belang, vooral omdat zij ervoor zorgen dat aan de hardste en moeilijkste situaties verholpen wordt. Deze termen kan men los als volgt vertalen: implied terms zijn impliciete voorwaarden, duress staat voor dwang, undue influence staat voor ongepaste beïnvloeding en inequality of bargaining power betekent ongelijke onderhandelingsmacht. Implied terms zijn in deze optiek van belang omdat men met deze techniek eigenlijk dezelfde weg op gaat als met goede trouw. Daarnaast kan men op basis van één van de andere beginselen aan een geldig en afdwingbaar contract ontkomen, omdat de toestemming van één van de partijen aangetast was door duress, undue influence of inequality. Men kan deze principes ook samen aantreffen. Het is perfect mogelijk dat een contract onder elk van deze principes valt. Mogelijks gaat men op basis van elk principe argumenteren dat het contract ongeldig is. Er werd dan ook reeds geopperd, onder andere door Lord Denning, om alle beginselen samen te brengen onder één samenhangende doctrine. Lord Denning ondernam een poging om één theorie te ontwikkelen in de zaak *Lloyds Bank v Bundy*¹⁴⁰ voor de Court of Appeal. Deze poging van Lord Denning kon niet op veel bijval rekenen van andere rechters en rechtbanken. Men stond er eerder afkerig tegenover en de gedachte van één theorie werd dan ook verworpen. De verschillende gronden blijven met andere woorden afzonderlijk van elkaar bestaan¹⁴¹. Hoe men in de precontractuele fase van een contract moet handelen en waar elk van deze Common law-principes voor staat, komt hierna uitvoerig aan bod. Eerst en vooral wordt de precontractuele situatie in Engeland op een dogmatische wijze bestudeerd. Er wordt gekeken naar de bronnen van het positief recht, in Common law hoofdzakelijk de rechtspraak. Daarin wordt vooral gekeken naar de manier waarop men precies die fase in het contracteren aanpakt. Daarna worden enkele van de fragmentaire oplossingen bekeken waarmee men problemen die zich in de praktijk stellen oplost. Hierbij wordt functioneel te werk gegaan en ligt de nadruk op de taak of de functie van de rechtsregel¹⁴².

¹⁴⁰ [1975] Q.B. 326

¹⁴¹ J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 169-170; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 1; G. MCMEEL, *The construction of contracts: interpretation, implication and rectification*, New York, Oxford University Press, 2007, 199-200; A.M. MUSY, "The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures", *Global Jurist Advances* 2001, (1) 10-11;; P. RICHARDS, *Law of Contract*, London, Pitman, 1995, 209; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 208; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 405-408; G. TEUBNER, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", *MLR* 1998, afl. 61, (11) 11-12; M. VAN HOECKE en F. OST, *The Harmonisation of European private law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 181; R. ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 12-16.

¹⁴² G. BOURGEOIS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1995, 13-14; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 32-34.

A. De precontractuele fase in het Engels contractenrecht

65. Het Engels contractenrecht kent geen algemene regel die van partijen vereist dat ze ter goeder trouw onderhandelen. Nochtans hebben andere rechtsstelsels al het nut aangetoond van een principe van goede trouw in die fase van het contracteren. In Engeland werkt men met duress, undue influence en meerdere van deze fragmentaire oplossingen om te verhelpen aan problemen of schendingen van wat elders bekend staat als inbreuken op de goede trouw. Oneerlijk en onredelijk gedrag in de precontractuele fase kan bijvoorbeeld bestaan uit ongerechtvaardigd weigeren te onderhandelen, op het laatste moment terugtrekken uit onderhandelingen of onderhandelen met de bedoeling om waardevolle informatie van de tegenpartij te krijgen zonder dat men de bedoeling had om te contracteren. Dergelijke gedragingen kunnen een schending zijn van de goede trouw en kunnen op basis daarvan dan ook gesanctioneerd worden. Engeland past hier de goede trouw echter niet op toe. Men hecht het grootste belang aan de vrijheid om te contracteren. Als men zich dan misdraagt tijdens de onderhandelingen, zal men zich op een misbruik van de vrijheid van contracteren beroepen om aan deze wantoestanden te verhelpen, eerder dan toevlucht te nemen tot de goede trouw en extra verplichtingen op te leggen aan de partijen. Het basisprincipe van vrijheid van contracteren impliceert ook dat men de vrijheid heeft om niet te contracteren. Als men het nut van een overeenkomst als instrument van zelfregulering wil garanderen, dan vindt men dat partijen vrij moeten zijn van enige extra plichten ten opzichte van de tegenpartij. Dit is inzonderheid het geval in de precontractuele fase. Het gebrek aan een goede trouw-plicht heeft hier als grootste gevolg dat partijen zonder enige verantwoording de onderhandelingen kunnen verbreken. Men neemt immers aan dat mensen terughoudender zouden zijn of minder geneigd zouden zijn te onderhandelen voor een contract als die onderhandelingen mogelijks aansprakelijkheid opleveren omdat men niet ter goeder trouw handelde¹⁴³.

66. Deze principes werden bevestigd door de House of Lords in de zaak *Walford v Miles*¹⁴⁴. In deze zaak ging het om een regulering van de precontractuele onderhandelingsfase. Aangezien men

¹⁴³ J. BEATSON en D. FRIEDMANN, *Good faith and fault in contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 28-36; H. COLLINS, *The law of contract*, London, Lexis Nexis, 2003, 180-181+216; M. FURMSTON *et al.*, *Contract formation and letters of intent: a comparative assessment*, Chichester, Wiley, 1997, 267-269; A.S. HARTKAMP, C. VON BAR, F. BARRIÈRE en H. BEALE, *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, 209-211; G. MCMEEL, *The construction of contracts: interpretation, implication and rectification*, New York, Oxford University Press, 2007, 202; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave Macmillan Law Masters, 2007, 264-265; J.F. O'CONNOR, *Good faith in English law*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1990, 35-36; O. TENE, *Good faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*, onuitg., working paper Management New York University, 1-2; M. VAN HOECKE en F. OST, *The Harmonisation of European private law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 181-183; R. ZIMMERMAN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 39-40.

¹⁴⁴ [1992] 2 A.C. 128

vertrekt van de vrijheid van contracteren en men weigert om de partijen enige extra plichten op te leggen ten opzichte van anderen in de precontractuele fase, hoe staat het Engels recht dan tegenover een contractuele beperking van de onderhandelingsvrijheid door een voorcontract te maken waarin men bepaalde beloften doet of zijn vrijheid aan banden legt? De feiten waren als volgt. De eigenaars van een fotografisch bedrijf besloten om het voor bekeken te houden en besloten om hun zaak en alle eigendommen daarmee verbonden te verkopen. Meneer Miles startte onderhandelingen met een bedrijf en kreeg een bod van 1,9 miljoen pond. Miles weigerde dit bod. Kort daarna deden meneer Walford en zijn broer een bod van 2 miljoen pond op het bedrijf. Miles ging akkoord om aan de gebroeders Walford te verkopen en waarborgde zelfs dat de kasmiddelen op het ogenblik van verkoop 1 miljoen pond zouden bedragen en bovendien dat het bedrijf in het eerste jaar na de verkoop 300.000 pond winst zou maken. Als de kopers een bevestigingsbrief konden voorzien van een bank die hen garandeerde dat de broers het bedrijf konden kopen voor 2 miljoen pond, dan zouden de verkopers alle onderhandelingen met derden afbreken. Deze brief werd aan meneer en mevrouw Miles bezorgd en zij bevestigden aan de broers Walford dat ze het bedrijf aan hen zouden verkopen. Hoe dan ook, enkele dagen later kregen de heren Walford te horen dat meneer Miles niet aan hen zou verkopen, maar aan iemand anders. Het koppel argumenteerde dat men zorgen had dat de kopers niet overeen zouden komen met de werknemers, dat ze de gewaarborgde winst zouden in gevaar brengen en bovendien vreesden ze dat men de kopers uit de nood zou moeten helpen aangezien zij geen ervaring hadden in die branche. Het bedrijf werd uiteindelijk voor 2 miljoen pond verkocht aan het bedrijf dat het eerste bod had gedaan. De kopers stelden een vordering in tegen meneer en mevrouw Miles. Het belangrijkste twistpunt was de grond waarop de rechtsvordering gebaseerd was, namelijk het onderhandelingsakkoord. In eerste aanleg voerden de broers Walford aan dat de verkopers een contract hadden verbroken die hen enerzijds een positieve plicht gelastte om met hen ter goeder trouw te contracteren en anderzijds een negatieve plicht oplegde om niet te onderhandelen met andere partijen. Zij kregen hier gelijk. Daarop gingen meneer en mevrouw Miles aankloppen bij de Court of Appeal. Deze gaven het koppel dan weer gelijk, omdat de rechtsvordering gebaseerd was op een onderhandelingsakkoord dat door het Engels recht niet erkend wordt. Uiteindelijk belandde de zaak voor de House of Lords en deze bevestigde de uitspraak van de Court of Appeal. De grond van de rechtsvordering slaagde niet op beide vlakken. Enerzijds faalde de positieve grond omdat een onderhandelingsakkoord onder Engels recht niet bindend is omwille van het gebrek aan zekerheid, anderzijds faalde het negatieve aspect omdat het geen tijdslimiet oplegde voor het afbreken van onderhandelingen met derden. Uit deze zaak kan men afleiden dat het partijen toegelaten is om vrij en zonder enige verantwoording het onderhandelingsproces af te breken. Men is immers de mening toegedaan dat elke partij het recht heeft om zijn eigen belangen te bejegenen, zolang hij of zij misvattingen en vergissingen uit de weg

gaat. Dit gezaghebbend arrest bevestigt ten zeerste dat Engeland geen ambitie heeft om algemene goede trouw in hun recht op te nemen¹⁴⁵.

67. De Engelse rechters staan zeer wantrouwig ten opzichte van het aanvaarden en hanteren van een algemeen principe van goede trouw. Vooreerst verkiest men veeleer om te werken met beperktere en gedeeltelijke doctrines dan zich te beroepen op een algemeen principe. Het eindresultaat is nagenoeg hetzelfde als dat van goede trouw, maar men gaat op een andere manier te werk. Een andere mogelijke reden voor het niet aannemen van een algemeen goede trouw-principe is de inhoud van het begrip. In Engeland is men zeer onzeker over de lading die het begrip precies dekt. Aan de ene kant past men het eerder op een negatieve manier toe en werkt men met kwade trouw. Men aanvaardt niet dat men tijdens de onderhandelingen leugens vertelt, ongeoorloofde invloed uitoefent of de zwakheid van de tegenpartij misbruikt. Hier komen die fragmentaire oplossingen aan tegemoet. Maar anderzijds hecht men er een beperkte betekenis aan van eerlijkheid en redelijkheid. Als men een eenvormige betekenis aan het algemeen principe kan geven, dan zal men al veel meer geneigd zijn tot het aanvaarden van het principe¹⁴⁶.

68. Toch moet deze afkerige positie van de Engelsen al genuanceerd worden. Onder andere de zaak *Interfoto Picture Library Ltd. v Stiletto Visual Programmes Ltd.*¹⁴⁷ voor de Court of Appeal maakt dit duidelijk. Hier haalde Lord Bingham aan dat het Engels recht geen principe als goede trouw erkent, maar dat het wel al fragmentaire oplossingen biedt voor problemen van oneerlijkheid. Hij stelde dat andere rechtssystemen en dan vooral Civil law-systemen in hun contractenrecht wel een algemeen overkoepelend principe kennen waardoor partijen bij het ontstaan en uitvoeren van een contract ter goeder trouw moeten handelen. Volgens Bingham vereist dat principe openlijk en eerlijk handelen en niet enkel het verbod om elkaar te bedriegen, wat volgens Bingham door elk rechtssysteem moet erkend worden. Daarnaast zegt Lord Bingham dat Engels recht geen gelijkaardig overkoepelend

¹⁴⁵ J. BEATSON en D. FRIEDMANN, *Good faith and fault in contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 34-36; D.I. BRISTOW en R. SETH, "Good faith in negotiations", *Disp. Resol. J.* 2000-2001, afl. 55, 19; A.D.M. FORTE, *Good faith in contract and property law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 48-49; M. FURMSTON *et al.*, *Contract formation and letters of intent: a comparative assessment*, Chichester, Wiley, 1997, 267-270; A.S. HARTKAMP, C. VON BAR, F. BARRIÈRE en H. BEALE, *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, 209-211; A. MASON, "The impact of equitable doctrine on the law of contract", *Anglo-Am.L.R.* 1998, (1) 4-6; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 264-265; J.F. O'CONNOR, *Good faith in English law*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1990, 35-36; J. SHAW en S. WHEELER, *Contract law: cases, materials and commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 168-172; M. VAN HOECKE en F. OST, *The Harmonisation of European private law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 181-183.

¹⁴⁶ H. COLLINS, *The law of contract*, London, Lexis Nexis, 2003, 180-181; A.D.M. FORTE, *Good faith in contract and property law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 41-44; M. FURMSTON *et al.*, *Contract formation and letters of intent: a comparative assessment*, Chichester, Wiley, 1997, 272-274.

¹⁴⁷ [1989] Q.B. 433

principe kent, maar dat men eerder een fragmentaire aanpak hanteert om problemen van oneerlijkheid en onredelijkheid aan te pakken. Men wil hier wel al refereren aan goede trouw als algemeen principe, maar men wijkt niet af van gevestigde rechtspraak als *Walford v Miles* en verwijst dan maar onrechtstreeks naar goede trouw door aan te halen dat het in andere landen veel voorkomt. In principe erkent Lord Bingham in deze zaak wat de betekenis van goede trouw is en geeft hij aan wat het in Engels recht zou moeten inhouden. Hij toont ook aan dat men zich wel degelijk met dergelijke situaties die door goede trouw gedekt worden, bezig houdt, maar dat men simpelweg niet met een overkoepelend principe werkt. Onrechtstreeks haalt Lord Bingham hier de kwestie van het ontbreken van een algemeen goede trouw-principe aan¹⁴⁸.

De zaak *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro Petrobras*¹⁴⁹ is in dit verband ook zeker het vermelden waard. Dit is een zaak die voor de Court of Appeal kwam en waarin deze zich uitsprak tegen het aanhouden van de weigering van een algemeen goede trouw-principe. In bovenvermelde zaak *Walford v Miles* weigerde de House of Lords een plicht om te handelen ter goeder trouw te erkennen, zelfs als die uitdrukkelijk door de partijen aangenomen was. Deze rechtspraak kan worden bekritiseerd omdat het zowel de vrijheid om te contracteren als de onschendbaarheid van het contract ondermijnt. Als partijen wensen te communiceren en onderhandelen in termen van goede trouw, waarom zou het recht hen dat niet toelaten? In deze zaak werd dit heikel punt aangehaald. De twee partijen waren een contract aangegaan waarin een clause stond dat zij ter goeder trouw zouden onderhandelen. Één van beide had deze clause niet nageleefd. Op het moment dat de aansprakelijkheid aan de orde kwam, steunde deze laatste volledig op *Walford v Miles* om te argumenteren dat dergelijke overeenkomst om te onderhandelen niet geldig is en in het Engels recht niet aanvaard wordt. Hij kon dus niet aansprakelijk worden gesteld. De tegenpartij stelde daarentegen dat als dergelijke clause uitdrukkelijk aangenomen wordt in een geldig contract, die clause wel degelijk uitvoerbaar moet zijn, alleen al om aan de bedoelingen van de partijen uitvoering te geven. De Court of Appeal stelde dat het verstaanbaar was dat het recht niet direct impliciet een extra voorwaarde van goede trouw in een contract zou opnemen, maar dat het recht zou weigeren een uitdrukkelijke overeenkomst tussen partijen om ter goeder trouw te handelen te aanvaarden en uit te voeren, zou volgens de Court te ver leiden. De rechters gaven hier een beperkte interpretatie aan *Walford v Miles* en stelden dat een uitdrukkelijke overeenkomst tot handelen ter

¹⁴⁸ J. BEATSON en D. FRIEDMANN, *Good faith and fault in contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 28-29; A.S. HARTKAMP, C. VON BAR, F. BARRIÈRE en H. BEALE, *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, 209-211; G. MCMEEL, *The construction of contracts: interpretation, implication and rectification*, New York, Oxford University Press, 2007, 202; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 264; M. VAN HOECKE en F. OST, *The Harmonisation of European private law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 183-184.

¹⁴⁹ [2004] APP.L.R. 02/02

goeder trouw kan worden gehandhaafd omdat het te ver zou gaan om een beding onuitvoerbaar te maken als de partijen er zelf weloverwogen en uitdrukkelijk instappen. De essentie van dit arrest bestaat uit de vaststelling dat de Court of Appeal aangeeft dat de House of Lords haar strenge rechtspraak, met *Walford v Miles* op kop, beter wat zou aanpassen en verzachten. Dit toont de neiging aan om toch naar een algemeen goede trouw-principe over te stappen¹⁵⁰.

69. Toch moet er gezegd worden dat de Engelse rechters van tijd tot tijd inspanningen hebben geleverd om naar een andere oplossing te zoeken dan algemene goede trouw. Een zekere mate van regulering van het onderhandelingsproces wordt toch wenselijk geacht door de Engelse rechters. Als men naar de rechtspraak kijkt, kan men toch enkele belangrijke zaken vinden die een eerste stap zetten naar de regeling van de precontractuele fase. Zo kan de zaak *Esso Petroleum Co. Ltd. v Mardon*¹⁵¹ van de Court of Appeal genoemd worden. Het ging hier om een vertegenwoordiger van Esso, een petroleummaatschappij, die een toekomstige huurder van een tankstation wou overtuigen om het tankstation uit te baten. De vertegenwoordiger had aan die huurder een schatting gegeven van de waarschijnlijke afname van petroleum aan dat station. De huurder had twijfels, maar door de expertise van de vertegenwoordiger liet de huurder zich toch overhalen. Uiteindelijk bleken de zaken veel minder vlot te lopen dan de vertegenwoordiger geschat had en de huurder vorderde vergoeding van zijn geleden schade van Esso. De Court of Appeal stelde hier vast dat, ook al was die schatting een loutere meningsuiting van de vertegenwoordiger en geen vaststelling van feiten, toch hield het een impliciete belofte in dat de verklaring met redelijke zorg en voorzichtigheid gesteld was. In deze zaak legt de rechter een zorgplicht en een plicht om andermans belangen in rekening te nemen op aan de partij die met gespecialiseerde voorkennis en expertise bepaalde verklaringen doet gedurende de onderhandelingen van het contract. Een ander voorbeeld is de zaak *Barclays Bank v O'Brien*¹⁵² van de House of Lords. Hier overtuigde meneer O'Brien zijn echtgenote tot het ondertekenen van een waarborg op het echtelijke huis voor een bankschuld, maar loog tegen zijn vrouw over de omvang van de aansprakelijkheid. De bank slaagde er niet in om de vrouw van de nodige informatie te voorzien en raadde haar aan om zelf juridisch advies te zoeken. The House of Lords stelde dat de bank de aard van de relatie tussen man en vrouw en de aard van de transactie in overweging moest nemen en moest anticiperen op mogelijk frauduleus gedrag van de man ten opzichte van zijn echtgenote. De rechtbank vond dat de bank redelijke stappen moest ondernemen om de toestemming tot het contract veilig te stellen door de zwakkere partij te informeren over de aard en de omvang van het contract. Uit deze zaken blijkt dat het Engels recht eigenlijk wel een plicht

¹⁵⁰ E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 268; G. MCMEEL, *The construction of contracts*, New York, Oxford University Press, 2007, 272.

¹⁵¹ [1976] 2 All ER 5

¹⁵² [1993] 4 All ER 417

om met zorg te onderhandelen erkent¹⁵³. Een algemeen goede trouw-principe kent men nog niet, maar langzaam aan begint het verzet ertegen toch af te brokkelen. Vandaag werkt men hoofdzakelijk nog met eerder fragmentaire en beperktere oplossingen, zoals implied terms, duress, undue influence en inequality of bargaining power, die hierna uitvoerig besproken worden.

B. Implied terms

70. De meeste verplichtingen en voorwaarden van een contract zijn door de partijen in dat contract opgenomen. Maar het is mogelijk dat zij bepaalde verplichtingen, regels of voorwaarden over het hoofd hebben gezien. Daarom vult men de contracten vaak aan en zullen de partijen naast hetgeen ze uitdrukkelijk overeengekomen zijn, dikwijls ook gebonden zijn door zogenaamde '*implied terms*'. De Engelse rechter zal namelijk in bepaalde omstandigheden de overeenkomst aanvullen met deze implied terms. Dit begrip kan men in het Nederlands vrij vertalen als impliciete voorwaarden van een contract. Deze implied terms kunnen onderverdeeld worden in drie categorieën¹⁵⁴.

De eerste categorie bestaat uit '*implied terms by fact*'. Dit zijn impliciete voorwaarden die de rechter aan de overeenkomst toevoegt, omdat ze niet uitdrukkelijk in het contract opgenomen zijn, maar waarvan de partijen ongetwijfeld de bedoeling hadden om ze in het contract op te nemen. Het gaat om regels die de partijen als vanzelfsprekend zouden beschouwen als ze eraan gedacht hadden, maar er in dat geval net niet aan denken. Men neemt hierbij hoofdzakelijk de bedoeling van de partijen in overweging en de noodzakelijkheid van de regel of voorwaarde is meestal het doorslaggevend criterium. Dergelijke implied terms zal de rechter aan het contract toevoegen omdat bijvoorbeeld de zakelijke doeltreffendheid ('*business efficacy*') dat vereist. In dit geval gaat men ervan uit dat die voorwaarden niet uitdrukkelijk in het contract opgenomen zijn, maar dat de zakelijke doeltreffendheid van het contract die voorwaarden eigenlijk vereist. Een mooi voorbeeld hiervan is de oude zaak *Moorcock*¹⁵⁵. Hier ging het om een contract tussen de eigenaar van een aanlegsteiger in de Thames en de eigenaar van het schip *Moorcock*. Er werd afgesproken dat het

¹⁵³ B.S. MARKESINIS, H. UNBERATH en A. JOHNSTON, *The German law of contract: a comparative treatise*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 126-127; A. MASON, "The impact of equitable doctrine on the law of contract", *Anglo-Am.L.R.* 1998, (1) 13-16; J. SHAW en S. WHEELER, *Contract law: cases, materials and commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 522-538; M. VAN HOECKE en F. OST, *The Harmonisation of European private law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 183-185.

¹⁵⁴ J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 187; H. COLLINS, *The law of contract*, London, Lexis Nexis, 2003, 238-246; P. RICHARDS, *Law of contract*, London, Pitman, 1995, 117-118; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 201; C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 156; R. UPEX, *Davies on contract*, London, Sweet and Maxwell, 1999, 70; W.J. ZWALVE, *C. Æ. Uniken Venema's Common law and Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 509.

¹⁵⁵ *The Moorcock* [1889] 14 P.D. 64

schip tegen betaling van een bepaald bedrag kon laden en lossen aan die steiger. De Thames is echter een getijdenrivier en het was snel duidelijk dat het schip tijdens het lossen tenminste één keer bij eb droog zou vallen. Dit deed zich effectief voor en het schip liep grote schade op omdat de bodem van de rivier waarop het schip droog gevallen was, niet geschikt was voor een schip als de Moorcock. De eigenaar van het schip sprak daarop de eigenaar van de steiger aan voor een schadevergoeding. Maar deze laatste voerde aan dat hij de eigenaar van het schip nooit een garantie had gegeven dat het schip op die aangewezen plaats veilig zou kunnen droogvallen en hij dus niet aangesproken kon worden. De Court of Appeal nam echter aan dat dergelijke garantie een implied term was van het contract tussen scheepseigenaar en eigenaar van de aanlegsteiger. De Court stelde dat het recht verlangt dat men aan dergelijke overeenkomsten zodanige zakelijke doeltreffendheid moet geven zoals een normale zakenman zich bij dergelijke transacties zou voornemen¹⁵⁶.

Een tweede soort implied terms zijn de '*terms implied by law*'. Dit zijn eerder voorwaarden die door wetgevend ingrijpen aan het contract worden toegevoegd. Ook al hadden de partijen nooit de bedoeling gehad om ze op te nemen, ze worden er door de wet aan toegevoegd. Hierin ligt ook het grootste verschil met de vorige categorie. Bij implied terms by fact gaat men ervan uit dat de partijen weliswaar de bedoeling hebben om de voorwaarden in het contract op te nemen, maar dat vergeten te doen. In deze categorie is de bedoeling van de partijen van geen enkel belang. Of de partijen die voorwaarden nu willen of niet, ze worden in het contract opgenomen. Van veel speciale en specifieke contracten neemt men aan dat ze grotendeels op implied terms gebaseerd zijn. Zo stelt men bijvoorbeeld dat een werkgever zich impliciet ertoe verbindt zijn werknemer geen onwettige handelingen te laten stellen of er met redelijke zorg over te waken dat de gezondheid van de werknemer niet in gevaar komt¹⁵⁷. Men kan hier bijvoorbeeld ook denken aan de implied terms die overeenkomstig de Sale of Goods Act 1979 gelden ten aanzien van de koop van roerende lichamelijke zaken¹⁵⁸.

¹⁵⁶ H.G. BEALE *et al.*, *Contract: cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 413-425; A. BURROWS, *A casebook on contract*, Portland, Hart Publishing, 2007, 197-201; J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 188-190; M.P. FURMSTON *et al.*, *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, New York, Oxford University Press, 2007, 181-191; E. MCKENDRICK, *Contract law: text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 352-357; P. RICHARDS, *Law of contract*, London, Pitman, 1995, 118-120; G.H. TREITEL, *An outline of the law of contract*, London, Butterworth, 1995, 68-69; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 201-206; C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 156; R. UPEX, *Davies on contract*, London, Sweet and Maxwell, 1999, 70-73; W.J. ZWALVE, *C. Æ. Uniken Venema's Common law and Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 509.

¹⁵⁷ Zie *Johnstone v Bloomsbury Area Health Authority* [1992] Q.B. 333

¹⁵⁸ H.G. BEALE *et al.*, *Contract: cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 412-413; A. BURROWS, *A casebook on contract*, Portland, Hart Publishing, 2007, 213-217; H. COLLINS, *The law of*

De laatste categorie zijn de *'implied terms by custom or usage'*. Een overeenkomst kan aangevuld worden door gewoonterechtelijke regels, zijnde algemene gewoonteregels of regels die gelden in een specifieke bedrijfstak. Vooral in handelsrecht is deze techniek goed gekend. Wat hier wel van belang is, is dat de gewoonte niet strijdig mag zijn met de uitdrukkelijke voorwaarden van het contract of met andere dan door gewoonte geïncorporeerde implied terms. Is dat wel het geval, dan beschouwt men de gewoonte als onredelijk en zijn de partijen er niet door gebonden. Is de gewoonte echter met geen van deze bepalingen strijdig, dan is ze wel redelijk en zijn de partijen erdoor gebonden, ongeacht of ze ervan op de hoogte zijn of niet. Meestal neemt men ook aan dat de gewoonte gekend moet zijn, waarbij men als criteria bekend, zeker en redelijk hanteert om te weten of de gewoonte alom bekend is. Een voorbeeld waaruit beide verwachtingen kunnen afgeleid worden, is de zaak *Hutton v Warren*¹⁵⁹. In deze zaak ging het om een huurder van een stuk land, die daar zaden en dergelijk op geplant had. Bij het opzeggen van de huur door de landheer vroeg de huurder een vergoeding voor de gebruikte zaden en zijn geleverd werk. Op grond van een lokale gewoonte werd de overeenkomst met dergelijke bepaling uitgebreid en kreeg de huurder zijn vergoeding bij het verlaten van de grond¹⁶⁰.

Door deze implied terms kan de Engelse rechter contracten aanvullen. Doordat de rechter over deze mogelijkheid beschikt, kan hij aan oneerlijke situaties tegemoet komen, ook oneerlijke situaties uit de precontractuele fase. Hij remedieert het contract en haalt er het oneerlijk aspect uit. Wat opmerkelijk is, is dat de rechter geen bevoegdheid heeft om een contract aan te vullen op grond van de goede trouw of de billijkheid, maar wel implied terms aan een contract kan toevoegen. Het is heel goed denkbaar dat de rechters als ze een contract aanvullen aan de hand van één van bovenvermelde categorieën van implied terms toch de redelijkheid, billijkheid en goede trouw in

contract, London, Lexis Nexis, 2003, 238-239; M.P. FURMSTON *et al.*, *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, New York, Oxford University Press, 2007, 176-181; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave Macmillan Law Masters, 2007, 264; E. MCKENDRICK, *Contract law: text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 344-349; P. RICHARDS, *Law of contract*, London, Pitman, 1995, 120-128; G.H. TREITEL, *An outline of the law of contract*, London, Butterworth, 1995, 69-71; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 206-213; C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 157; R. UPEX, *Davies on contract*, London, Sweet and Maxwell, 1999, 73-76.

¹⁵⁹ (1836) 1 M & W 466

¹⁶⁰ H.G. BEALE *et al.*, *Contract: cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 411-412; J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 188-189; M.P. FURMSTON *et al.*, *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, New York, Oxford University Press, 2007, 172-175; E. MCKENDRICK, *Contract law: text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 349-352; P. RICHARDS, *Law of contract*, London, Pitman, 1995, 128; G.H. TREITEL, *An outline of the law of contract*, London, Butterworth, 1995, 71; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 213-214; C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 156-157.

overweging zullen nemen. Tot dusver aanvaardt men nog niet dat de redelijkheid een criterium kan zijn om een implied term in een contract op te nemen. Maar wat niet is, kan nog komen. Men heeft alleszins al een grondslag ervoor. Het is dus zeer waarschijnlijk dat de implied terms toegang zullen geven aan de goede trouw in het contractenrecht. Want in feite doet men met deze techniek van de implied terms hetzelfde als de continentale rechters doen met goede trouw, de overeenkomst aanvullen met voorwaarden of regels die er niet in opgenomen zijn¹⁶¹.

C. Duress

71. Duress is het wapen van common law tegen ongepaste druk op een contractspartij. Het ultieme doel van duress is om een contract vernietigbaar te maken ten voordele van het slachtoffer. Het contract is echter niet nietig omdat er geen toestemming zou zijn. De toestemming is er, ze is alleen aangetast. De rechter zal een contract als vernietigbaar beschouwen als het contract tot stand is gekomen door druk op één van de partijen en waarbij het recht die druk als onaanvaardbaar bestempelt. Met andere woorden, een contract is vernietigbaar op grond van duress als de tegenpartij van de eiser deze laatste heeft doen contracteren door ongeoorloofde druk op hem uit te oefenen wat hem het gevoel gaf dat hij geen andere optie meer had. Het ligt voor de hand dat de invulling van 'ongepaste druk' voor problemen zorgt. Het laat veel ruimte open voor de rechter om te bepalen wat aanvaardbare druk is en wat dan weer onaanvaardbaar is. Doorheen de jaren is de draagwijdte van duress enorm veranderd. Oorspronkelijk kon men zich alleen beroepen op duress als er sprake was van bedreigingen aan de persoon van de partij. Later werd aanvaard dat ook bedreigingen over goederen van de partij onder duress vallen. Recent werd in de context van economische dwang gesteld dat de discussie nog niet afgelopen is. Bovendien kan men duress ook buiten de contractuele sfeer gebruiken¹⁶².

72. Men moet voor ogen houden dat dagelijks overeenkomsten worden gesloten onder dwang of druk. Soms gaat het zelfs om zodanig overweldigende druk dat men bijna niet anders kan dan handelen en de partij dus absoluut niet de keuze had om te contracteren of niet. Stellen dat elke overeenkomst die aangegaan is onder enige vorm van druk ongeldig kan worden door duress, zou te

¹⁶¹ E. MCKENDRICK, *Contract law: text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 362-363; C. Æ. UNIKEN VENEMA, *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 157; W.J. ZWALVE, *C. Æ. Uniken Venema's Common law and Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 510-511.

¹⁶² A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 702; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 1-2+7; P. RICHARDS, *Law of Contract*, London, Pitman, 1995, 209-213; J. SHAW en S. WHEELER, *Contract law: cases, materials and commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 486; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 209-210.

ver gaan, omdat nagenoeg elke overeenkomst vatbaar zal zijn voor vernietiging. Het is duidelijk dat dit zeer perverse gevolgen kan hebben. Daarom moet het recht ergens een grens trekken en bepalen wat onaanvaardbare druk is die onder duress valt en wat aanvaardbare druk is en dus niet als duress kan worden gekwalificeerd. Lord Scarman stelde in de zaak *Universe Tankship Inc of Monrovia v International Transport Federation (The Universe Sentinel)*¹⁶³ dat er twee elementen in duress vervat zitten, namelijk enerzijds druk die resulteert in dwang op de wil van de partij en anderzijds de ongeoorloofdheid van de uitgeoefende druk. Het eerste onderdeel heeft betrekking op het dwangmatig effect van de druk op de zwakkere partij. Heeft het hem onmiddellijk aangezet tot het geven van zijn toestemming en heeft hij ook effectief toegestemd? Een gebrekkige toestemming alleen volstaat immers niet. Het tweede element is noodzakelijk voor duress. De druk moet ongeoorloofd en onaanvaardbaar zijn. Deze factor is begaan met de kwaliteit van het gedrag van diegene die druk uitoefent. Bovendien gaat het hier om cumulatieve voorwaarden. Één van beide is niet voldoende om zich op duress te kunnen beroepen. Beide elementen moeten in combinatie met elkaar voorkomen. Gezien het belang van deze elementen, worden ze nog uitgebreider toegelicht¹⁶⁴.

Eerst en vooral is vereist dat de druk die op iemand wordt uitgeoefend ongeoorloofd is. Hier doet de moeilijkheid zich voor om te bepalen vanaf wanneer druk door het recht als onwettig wordt beschouwd. Algemeen maakt men een onderscheid tussen twee categorieën van bedreigingen of druk. De eerste categorie stelt de algemene regel voorop, die zegt dat een onwettige daad stellen of dreigen te stellen onwettig is. Deze norm kent enkele uitzonderingen, waarbij bepaalde onwettige daden door de vingers worden gezien. Contractbreuk (wat onwettig is) of het dreigen met contractbreuk wordt in die gevallen toch als wettig gezien. Daarnaast houdt de tweede categorie de algemene regel in dat een wettige handeling stellen of dreigen te stellen, dan weer geen onwettige praktijk is. Ook hier vindt men enkele uitzonderingen, waarbij de druk van zodanige aard is dat men er toch vanuit gaat dat het een ongeoorloofde daad is¹⁶⁵.

Een onwettige handeling stellen of dreigen te stellen, wordt volgens de eerste algemene regel aanzien als een onwettige handeling. Een handeling kan gekwalificeerd worden als onwettig als het gaat om een strafrechtelijke handeling, een onrechtmatige daad of contractbreuk. Er stellen zich geen problemen wanneer men te maken krijgt met een criminele handeling of een onrechtmatige daad. Deze zijn logischerwijze onwettig. Bij contractbreuk is het echter niet zo gemakkelijk.

¹⁶³ [1983] 1 A.C. 366

¹⁶⁴ N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 7-8; J. SHAW en S. WHEELER, *Contract law: cases, materials and commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 495-496; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 212-214.

¹⁶⁵ N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 11; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 406.

Contractbreuk is een ongeoorloofde daad en dus is ermee dreigen zeker een onwettige daad. Nochtans wordt niet elke contractbreuk als een onwettige handeling beschouwd. Men neemt dan wel algemeen aan dat contractbreuk een onwettige handeling is, maar het is een continue vraag of elke breuk een ongeoorloofde handeling is. Sommigen stellen dat de algemene regel strikt en zonder excepties moet worden toegepast, want als men dat niet zou doen, dan zou men de rechten uit contracten verloochenen. Anderen stellen dan weer dat men wel uitzonderingen moet toelaten. Als men immers de regel strikt zou toepassen, zou men negeren dat een bepaalde mate van druk soms redelijk en voor de partijen voordelig kan zijn. Er zijn met andere woorden nog andere elementen vereist om te kunnen stellen dat contractbreuk een onwettige handeling is. Om te kunnen bepalen of een contractbreuk of het dreigen ermee een onwettige handeling is, zal de rechter iedere zaak op zich moeten onderzoeken en bepalen of de druk rechtmatig is of niet. Hierbij zal de rechter alle relevante factoren moeten bekijken, zal hij moeten rekening houden met gewijzigde omstandigheden en zal hij moeten nagaan of de druk redelijk en geoorloofd is. Het gaat vooral om een feitenkwestie, waarvan de beoordeling aan de rechter wordt overgelaten¹⁶⁶.

De tweede algemene regel stelt het omgekeerde van de eerste. Als het gaat om het stellen van een wettige handeling of om een bedreiging om een wettige daad te stellen, dan is deze op zich ook wettig. Men heeft immers het recht om die wettige daad te stellen, dus is het ook geoorloofd dat men met dergelijke daad dreigt. In dergelijk geval is er geen sprake van duress. Zo heeft men bijvoorbeeld het recht om een proces te starten tegen iemand. Dit kan gebeuren uit wraak, maar het is een gewettigde handeling, men mag ze dus ongehinderd stellen en ermee dreigen. Toch is het mogelijk dat een dreigement tot het stellen van een wettige handeling wordt gezien als een ongeoorloofde actie. Het kan voorkomen dat men het recht heeft om een bepaalde handeling te stellen, maar dat de aard of het oogmerk van de bedreiging het doel van het recht voorbij schiet. Een eis die door een bedreiging met wettige actie wordt gesteund, kan weinig of niets te maken hebben met het doel van het recht dat men dreigt uit te oefenen. Men gebruikt dan zijn recht voor een ander doel dan door de wetgever vooropgesteld was. Kort gezegd, de bedreiging zelf is wettig, maar het wordt gebruikt om een onwettige eis te steunen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij afpersing of chantage. In dergelijke gevallen hebben rechters al een in essentie wettige handeling toch als onwettig bestempeld. Dit is wel de uitzondering, de regel is nog steeds dat een wettige bedreiging ook wettig is en geen duress meebrengt. Sommige situaties lenen zich tot nog een andere beoordeling. Een dreiging met wettige actie is dan misschien niet onwettig, maar ze wordt

¹⁶⁶ N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 12-20; M.P. FURMSTON *et al.*, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract*, New York, Oxford University Press, 2007, 384; E. MCKENDRICK, *Contract Law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 359-361; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 214-215.

beschouwd als algemeen onaanvaardbaar en wordt daarom als onwettig aanzien. De vraag hier is niet zozeer of de handeling wettig is of niet, maar het gaat er eerder om of de handeling moreel of sociaal aanvaardbaar is. Sommige handelingen worden niet door de regelgeving verboden, het is eerder de publieke opinie en het sociaal klimaat die vinden dat dergelijke handelingen niet door de beugel kunnen. Hiervoor zijn natuurlijk geen zeer strikte voorwaarden voorzien, men is aangewezen op vroegere rechtspraak¹⁶⁷.

De tweede vereiste voor duress bestaat erin dat de druk de vrije wil van de partij moet aantasten. Vooral de druk en de dwingende kracht van die druk zijn hier aan de orde. Als men zich wil kunnen beroepen op duress, zal men moeten aantonen dat men onder druk stond. Vroeger was de draagwijdte van duress veel beperkter en aanvaardde men alleen bedreiging aan de persoon van de partij, wat impliceert dat men niet alleen onder druk moest staan, maar dat die druk ook in bepaalde mate objectief moest worden aangetoond. Men heeft deze objectieve benadering echter verlaten en men aanvaardt nu dat elke soort druk of dreiging duress kan betekenen. Om te bepalen of iemand wel degelijk onder druk werd gezet, bekijkt de rechter alle feiten van de zaak. Zo gaat hij na of de onderdrukte persoon geen alternatief had en onderzoekt hij de subjectieve feiten van het geval zoals leeftijd, geslacht, gezondheid, financiële vermogendheid,... van de onderdrukte. Dreigen een factuur niet te betalen, zal een rijke multinational geen zorgen baren, maar kan een kleine kruidenier of aannemer diep in de problemen steken. Men neemt algemeen aan dat wanneer de uitoefening van de dreiging voor de onderdrukte partij zeer ernstige gevolgen kan hebben, deze laatste onder druk werd gezet. Het is echter niet voldoende dat men onder druk wordt gezet, die druk moet ook onwettig zijn en bovendien moet het de wil van de partij overstemmen. Met andere woorden, de ongeoorloofde druk moet van die aard zijn dat ze de vrije wil van de partij buiten spel zet en zijn toestemming verziekt. Wat wel moet worden opgemerkt, is dat men soms aanneemt dat de druk die de toestemming verziekt er eigenlijk voor zorgt dat er helemaal geen toestemming is. Niets is echter minder waar. De onwettige druk waarvan sprake is bij duress zorgt er niet voor dat er geen toestemming is. Ze zorgt er echter wel voor dat de toestemming die er is, aangetast is. De vrije wil van de partij wordt afgebogen naar iets anders dan wat men eigenlijk wil. Het probleem van het contract is niet het gebrek aan toestemming, maar wel de ongeoorloofde bedreigingen die de toestemming teweeggebracht hebben. Een slachtoffer van duress tekent een contract waarvan hij wel degelijk de inhoud en de draagwijdte kent. Hij gaat het contract dan aan om iets veel erger te vermijden dan het contract zelf, uiteindelijk kiest hij voor de minst nadelige optie. Of de wil van de

¹⁶⁷ N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 20-34; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 359-360; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 214-215.

onderdrukte partij afgebogen wordt of niet, is afhankelijk van de dwingende kracht van de druk. Dit moet beoordeeld worden in het licht van de omstandigheden van een zaak. De rechter zal naar de feiten van de zaak moeten kijken. De hoofdvraag die hierbij moet worden gesteld, is of de druk het slachtoffer heeft aangezet tot het sluiten van het contract, met andere woorden of de druk de oorzaak is geweest voor het sluiten van de overeenkomst. De rechtspraak houdt wel voor dat het voldoende is dat de bedreigingen één van de oorzaken zijn van het sluiten van de overeenkomst. Ook al had het slachtoffer van de dreigingen nog andere redenen die hem overtuigden om het contract te sluiten, volstaat het dat de bedreiging er één van was om zich op duress te kunnen beroepen om zo aan het contract te ontsnappen. Ook dit is een feitenkwestie die door de rechter moet worden beoordeeld¹⁶⁸.

73. Duress of ongeoorloofde druk kan in verschillende types voorkomen. Zo kan duress bestaan uit druk op de persoon van de contractant, druk op de goederen van de contractant of economische druk. Een eerste en langst gekende vorm van duress is dwang op de persoon. Het gaat hier om een bedreiging van het leven, de gezondheid of vrijheid van een persoon om die persoon aan te zetten tot het sluiten van een contract. Deze vorm van dwang is zeer lang de enige vorm geweest die onder duress viel. Oorspronkelijk aanvaardde men zelfs alleen maar een bedreiging van het leven of enige ledematen, zoals bijvoorbeeld foltering. Vandaag neemt men aan dat bedreiging van de persoonlijke vrijheid ook onder deze soort ressorteert. Dit kan voorkomen wanneer men dreigt iemand gevangen te zetten. Ook bedreigingen aan een derde persoon kunnen voor duress in aanmerking komen. Hiervoor vereist men wel dat er een bepaalde band bestaat tussen de bedreigde persoon en de persoon die het contract sluit. Als men bijvoorbeeld een familielid, een vriend of iemand waarvoor men verantwoordelijk is, bedreigt, kan de persoon die het contract onderschreven heeft, eraan ontsnappen door duress. Men gaat ervan uit dat als dergelijke band bestaat, de dreiging morele druk legt op de schouder van de contracterende partij. Als de bedreigde derde een vreemde is, kan men proberen om duress in te roepen, maar dergelijke vordering zal hoogstwaarschijnlijk niet slagen. Men zal immers niet dezelfde morele druk ondervinden wanneer het gaat om een vreemde dan als het gaat om iemand waar men enige relatie mee heeft. Het mag echter niet volledig uitgesloten worden. Of er dan sprake is van duress zal vooral van de omstandigheden afhangen. In dit duressstype zijn beide vereisten voor duress zeer gemakkelijk terug te vinden. Als men een persoon fysiek bedreigt, zal het doorgaans gaan om ongeoorloofde druk die aanleiding zal geven tot het aangaan van het

¹⁶⁸ J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 169-170; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 35-38; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 357; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 210+214; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 406-407.

contract. Verder moeten er geen vereisten worden nageleefd. In de zaak *Barton v Armstrong*¹⁶⁹ stelde men zelfs dat de bedreigingen niet dé hoofdoorzaak voor het sluiten van het contract moeten zijn, het is voldoende dat ze ertoe hebben bijgedragen als één van vele factoren die hem hebben aangezet tot contracteren. Hier werd een persoon A bedreigd met de dood door B als het bedrijf van A geen som geld gaf aan B¹⁷⁰.

Een tweede mogelijkheid om druk uit te oefenen is op de goederen van een persoon. Hierbij gaat het om de dreiging van schade aan de goederen van het slachtoffer van duress, eerder dan aan zijn persoon. Lang nam men aan dat dwang op goederen geen adequate reden was om aan een contract te ontkomen. Duress of goods werd decennia lang genegeerd. Een voorbeeldbeslissing in deze materie is de zaak *Skeate v Beale*¹⁷¹. In deze zaak was de huurder van een goed een grote som achterstallig huurgeld verschuldigd aan zijn verhuurder. In het eigendom van de verhuurder stonden nog goederen van de huurder. De verhuurder hield deze achter en dreigde ermee alle goederen van de huurder te verkopen als de som niet werd betaald. Uiteindelijk kwamen beide partijen tot een overeenkomst, waarbij afgesproken werd dat de huurder een deel van de schuld direct zou aflossen en de rest van de schuld binnen de maand zou vergoeden. De huurder ondernam echter actie tegen deze overeenkomst en stelde dat het contract niet afdwingbaar was omdat hij het contract gesloten had onder druk van verhuurder om zijn goederen te verkopen. In de uitspraak werd duidelijk gesteld dat duress hier niet aan de orde is en dat het recht zeer duidelijk en goed onderbouwd is, zodat druk op goederen niet aanvaard kan worden. Daartegenover staat dan weer een andere zaak waarin men stelde dat men een som geld die men betaald had om goederen terug te krijgen die onwettig werden achtergehouden, kan terug krijgen¹⁷². In de loop der jaren kwam de *Skeate v Beale*-rechtspraak onder hevige druk te staan. Ondertussen heeft men deze archaïsche benadering verlaten. Het werd voor het eerst verworpen in de zaak *The Siboen and the Sibotre*¹⁷³. Daarin stelde men dat iemand die een contract ondertekende onder de bedreiging dat zijn huis zou afbranden wel degelijk een beroep kon doen op duress. Een contract is vernietigbaar op grond van druk op goederen, zolang de vereisten voor duress maar aanwezig zijn¹⁷⁴.

¹⁶⁹ [1976] A.C. 104.

¹⁷⁰ N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 57-59; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 356; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 209.

¹⁷¹ (1841) 9 L.J. Q.B. 233.

¹⁷² Zie *Astley v Reynolds* (1731) 2 Str 915.

¹⁷³ *Occidental Worldwide Investment Corp v Skibs A/S Avanti* [1976] 1 Lloyd's Rep 293.

¹⁷⁴ N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 59-62; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 356; P. RICHARDS, *Law of Contract*, London, Pitman, 1995, 210-211; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 209-210; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 405-408.

Ook wat economische dwang betreft, duurde het lang voor men dit als een mogelijkheid voor duress aanvaardde. In de jaren '70 nam men dan toch aan dat economische, commerciële druk aanleiding kan geven tot duress. Deze theorie werd voor het eerst bevestigd in de reeds aangehaalde zaak *The Siboen and the Sibotre*¹⁷⁵. Ook in de zaak *Pao On v Lau Yiu Long*¹⁷⁶ werd er voorgehouden dat niets hen ervan weerhoudt om economische druk als een duress-factor te hanteren. Als beide elementen voor duress aanwezig zijn, kan economische druk een contract onafdwingbaar maken. Zo is er sprake van economische druk als men dreigt met vakbondsacties, collectief ontslag of dreigt om een contract niet te sluiten tenzij onder bepaalde voorwaarden. Een mooi voorbeeld van economische druk is terug te vinden in de zaak *The Universe Sentinel*¹⁷⁷. Hier dreigden vakbonden ermee om de crew van een schip aan te zetten tot verbreken van hun arbeidsovereenkomsten zodat het schip niet kon vertrekken. Aangezien dit zeer zware financiële gevolgen meebracht voor de scheepseigenaars, stemden zij ermee in om bepaalde betalingen te doen aan de vakbonden. Men liet er geen twijfel over bestaan dat er economische druk op de scheepseigenaars werd uitgeoefend en dat ze hun contract konden laten vernietigen¹⁷⁸.

D. Undue Influence

74. Common law kent duress om de zwakkere partij te beschermen, equity daarentegen hanteert undue influence. Zoals reeds gebleken is uit de geschiedenis van common law en equity, ontstond deze laatste als reactie op common law en vulde het de lacunes in common law op. De theorie van undue influence is net op dezelfde manier tot stand gekomen. Toen de draagwijdte van common law duress nog vrij beperkt was, gaf het niet altijd bescherming in gevallen waarin de rechtvaardigheid het wel vereiste. Er was een tekort in de bescherming van duress. Undue influence gaf net bescherming aan die partijen die er geen vonden bij duress. De druk die volgens duress niet onaanvaardbaar was, zag equity wel als ongepast en zo kon de equity-rechtbank toch optreden tegen de ongelijkheid tussen de partijen en genoot de zwakkere partij bescherming. Sinds de uitbreiding van duress overlappen beide gronden elkaar natuurlijk meer. Desalniettemin heeft undue influence nog steeds een bredere draagwijdte dan duress. Druk is immers geen voorwaarde voor undue

¹⁷⁵ [1976] 1 Lloyd's Rep 293.

¹⁷⁶ [1980] A.C. 614.

¹⁷⁷ *Universe Tankships Inc of Monrovia v International Transport Workers Federation* [1983] 1 A.C. 366.

¹⁷⁸ J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 17172; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 62-63; M.P. FURMSTON *et al.*, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract*, New York, Oxford University Press, 2007, 386-392; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 356-357; P. RICHARDS, *Law of Contract*, London, Pitman, 1995, 211-213; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 210-214; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 405-406.

influence, terwijl ze dat wel is voor duress. Undue influence kan bijvoorbeeld ook toegepast worden in zaken waar er van effectieve druk geen sprake is. Dit principe heeft nog lang zijn glans en belang niet verloren¹⁷⁹.

75. Van de undue influence-theorie is alom bekend dat ze moeilijk te definiëren is. Een algemene definitie bestaat er niet van. In de zaak *National Westminster Bank Plc v Morgan*¹⁸⁰ stelde de Lord Chancellor dat er geen regelgeving is die grenzen stelt aan de draagwijdte van undue influence. Het gaat immers om een jurisprudentiële aangelegenheid, niet om een zaak van de wetgever. Er zijn toch al enkele pogingen ondernomen om het begrip te omschrijven. Onder andere in *Royal Bank of Scotland v Etridge*¹⁸¹ omschreef de Lord Chancellor undue influence als één van de vernietigingsgronden ontwikkeld door de equity-courts met als opzet te vermijden dat de invloed van één persoon op een andere persoon zou worden misbruikt. Het komt er eigenlijk op neer dat undue influence het ongepast en ongeoorloofd gebruik van invloed inhoudt om de toestemming voor een contract veilig te stellen. Het is niet de bedoeling dat men een beroep doet op undue influence om aan zijn fouten of vergissingen te ontkomen. Het ultieme doel is om mensen te beschermen tegen misbruik van anderen. Het begrip zou dan eigenlijk best kunnen worden omschreven als een beschermingsgrond voor kwetsbare personen tegen gewetenloos misbruik van macht door anderen¹⁸².

76. De hamvraag is natuurlijk wanneer er precies sprake is van ongeoorloofde invloed en hoe men een onderscheid maakt tussen aanvaardbare en onaanvaardbare beïnvloeding. Niet elke vorm van invloed zal immers ongepast zijn. Mensen proberen dagelijks andermans beslissingen te beïnvloeden. In de meeste gevallen is daar absoluut niets mis mee, in andere omstandigheden gaat men dan weer te ver. Het is geen gemakkelijke taak om te bepalen of iemands invloed ongepast was of niet. De rechtspraak heeft ondertussen een soort test ontwikkeld aan de hand waarvan men redelijk rechtlijnig kan bepalen of iemands overwicht gepast dan wel ongepast is. Deze test kreeg de naam

¹⁷⁹ J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction of the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 172-173; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 2+36-37+82-83; P. RICHARDS, *Law of Contract*, London, Pitman, 1995, 213; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 216.

¹⁸⁰ [1985] A.C. 686 at 709.

¹⁸¹ [2002] 2 A.C. 773 at [6].

¹⁸² Zie *National Westminster Bank Plc v Morgan* [1985] 1 A.C. 686 at 705; A. BURROWS, *A casebook on contract*, Portland, Hart Publishing, 2007, 737-753; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 81-82; A. MASON, "The impact of equitable doctrine on the law of contract", *Anglo-Am.L.R.* 1998, (1) 6-9; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 362-364; J. SHAW en S. WHEELER, *Contract law: cases, materials and commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 504-513.

'The Etridge test' mee. In *Bank of Credit and Commerce International v Aboody*¹⁸³ stelde men voor het eerst de criteria vast. Ten eerste moet er sprake zijn van een onredelijk gebruik van invloed en ten tweede moet het slachtoffer als resultaat van deze invloed zijn toestemming tot het sluiten van het contract gegeven hebben. Dit werd bevestigd in *Royal Bank of Scotland v Etridge*¹⁸⁴. Daarin stelde men dat invloed zou worden beschouwd als undue influence als het akkoord van de aanklager voortkwam uit ongeoorloofde handelingen. In deze test zijn twee onderdelen op te merken, een deel dat betrekking heeft op de aanklager en een deel dat betrekking heeft op de verweerder. Langs de kant van de aanklager vereist men voor undue influence dat de toestemming van die persoon een uitdrukking is van zijn vrije wil. De vraag stelt zich hier eigenlijk of de macht een invloed heeft gehad op de uitdrukking van de vrije wil van de tegenpartij. Als de mogelijkheid van de aanklager om zijn vrije wil uit te drukken aangetast is door de machtsuitoefening van zijn tegenpartij, dan zal die macht als undue worden bestempeld. Het is de aantasting van de vrije wil die invloed undue maakt, eerder dan de ongepastheid van de druk. Men mag het echter niet zo eenzijdig zien. Ook langs de kant van de verweerder is er een vereiste gesteld. Influence zal pas "undue" zijn als het op een onredelijke of ongepaste manier druk is uitgeoefend met de bedoeling de tegenpartij tot contracteren te brengen. Volgens de Etridge-test heeft undue influence betrekking zowel op de aanklager als op de verweerder. Met andere woorden, undue influence houdt verband met het effect van de invloed op de wil van de aanklager en houdt verband met de manier waarop de verweerder de invloed heeft uitgeoefend¹⁸⁵.

77. Undue influence kan zich in twee vormen voordoen. Dit onderscheid werd gemaakt in *BCCI v Aboody*¹⁸⁶. Er kan sprake zijn van werkelijke undue influence (actual undue influence) en vermoedelijke undue influence (presumed undue influence). Men spreekt van werkelijke undue influence wanneer de invloed met duidelijke en bevestigende bewijzen kan worden aangetoond zonder dat men zich op vermoedens moet baseren. Men moet hier enkel aantonen dat er ongepaste invloed of druk is uitgeoefend en dat het contract daar een resultaat van is. Men zou kunnen denken dat werkelijke undue influence alleen voortvloeit uit openlijke en publieke overredingshandelingen. Dit klopt echter niet. Als men de undue influence kan bewijzen aan de hand van positieve bewijsstukken, dan gaat het om werkelijke undue influence. Vroeger nam men ook aan dat er sprake moest zijn van een vooraf bestaande relatie tussen beide partijen bij undue influence. De bestreden overeenkomst mocht niet het eerste contact tussen beide zijn. Dit klopt enkel voor vermoedelijke

¹⁸³ [1989] 1 Q.B. 923 at 967.

¹⁸⁴ [2002] 2 A.C. 773.

¹⁸⁵ N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 83-85.

¹⁸⁶ *Bank of Credit and Commerce International v Aboody* [1989] 1 Q.B. 923.

undue influence, niet voor werkelijke undue influence. Men moet voor deze laatste geen vooraf bestaande relatie bewijzen. Als er dergelijke relatie is, kan men wel nog werkelijke undue influence proberen aan te tonen, maar het is geen vereiste. Deze categorie van undue influence wordt dan ook het meest gebruikt in zaken waarin geen vooraf bestaande relatie is. Werkelijke undue influence kan bestaan uit directe druk zoals fysiek geweld of dreiging daarmee, uit pesten, uit het bewust verzwijgen van gegevens of materiële goederen of uit een relatie van dominantie. Gewone discussies tussen volwassenen of een noodsituatie waarin men een contract sluit, aanziet men niet als werkelijke undue influence waarbij de vrije wil van één van de partijen aangetast wordt. Sinds de uitbreiding van duress in common law overlapt undue influence steeds meer met duress. Dit kan het best aangetoond worden met een voorbeeld. In de zaak *Williams v Bayley*¹⁸⁷ probeerde een vader een hypotheek die hij toegestaan had aan een bankier in te trekken. De man bewees dat hij de hypotheek had toegestaan omdat de bankier dreigde dat hij de macht had om zijn zoon te vervolgen wegens vervalsing. De vader kreeg in deze zaak gelijk en mocht de hypotheek intrekken op grond van undue influence. Vandaag zou deze zaak zonder problemen een duress-zaak kunnen zijn. Een ander voorbeeld is de zaak *Flower v Sadler*¹⁸⁸, waarbij een belofte tot betalen van een som geld ongeldig werd bevonden omwille van undue influence. Ook hier zou het vandaag de dag om een duress-zaak kunnen gaan¹⁸⁹.

Tegenover deze actual undue influence staat presumed undue influence, vrij te vertalen als vermoedelijke undue influence. Zoals reeds gezegd, resulteert werkelijke undue influence uit de omstandigheden dat de undue influence kan worden bewezen met positieve bewijsstukken. Het is dan ook diegene die undue influence inroept die zal moeten bewijzen dat die er effectief geweest is. In sommige gevallen heeft men echter niet altijd positief bewijs en kan men geen werkelijke undue influence inroepen. Voor die situaties en slachtoffers heeft het Engelse recht een vermoeden van undue influence ingevoerd waarop men zich dan kan beroepen, op voorwaarde dat men bepaalde feiten kan aantonen. Als men die voorwaarden kan bewijzen, dan zorgt het vermoeden van undue influence ervoor dat de bewijslast verschuift van de aanklager naar de verweerder¹⁹⁰.

¹⁸⁷ (1866) LR 1 HL 200.

¹⁸⁸ (1882) 10 QBD 572.

¹⁸⁹ A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 702; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 89-104; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 364-365; P. RICHARDS, *Law of Contract*, London, Pitman, 1995, 214; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 408-409.

¹⁹⁰ A. BURROWS, *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, 703-704; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 111; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 411.

Welke feiten moet de aanklager nu bewijzen? Eerst en vooral moet hij aantonen dat er een vooraf bestaande relatie was waarin de onrechtpleger invloed of overmacht had op de andere partij. Hier kijkt men naar de aard van de relatie tussen beide partijen. Binnen deze voorwaarde kan men een onderscheid maken in het soort relaties. Een eerste categorie heeft betrekking op relaties waarin een band van vertrouwen automatisch wordt verondersteld (klasse 1). Dergelijke relaties zijn bijvoorbeeld dokter en patiënt, ouder en kind, beheerder en begunstigde, geestelijke leider en volgers, advocaat of notaris en cliënt,... Dit is een greep uit de verschillende relaties waarvan men veronderstelt dat er een machtsverhouding is. Er is in de rechtspraak wel al opgemerkt dat de lijst die men tot nu toe heeft, nog niet afgesloten is, er kunnen nog verhoudingen bijkomen. Bovendien is het vermoeden niet beperkt tot die opsomming, er bestaat een tweede soort relaties (klasse 2). Als men zich in een relatie bevindt die niet in de lijst voorkomt, kan men nog altijd bewijzen dat er wel degelijk sprake is van een vertrouwensband en een machtsverhouding tussen de twee partijen. Hierbij kan het gaan om gelijk welke relatie, men stelt er geen grenzen op, zolang men maar kan bewijzen dat er een vertrouwensband is en dat er machtsverhouding is die undue influence zou kunnen opleveren. Zo heeft men al vastgesteld dat er in de relatie tussen uit de echt gescheiden partners, samenwonende partners, gehuwde partners, broers en zussen, werkgever en werknemer,... een machtsverhouding bestaat¹⁹¹.

Daarnaast zal hij moeten aantonen dat de overeenkomst er één is die verdere uitleg of verklaringen vereist. Hier focust men meer op de aard van de bestreden overeenkomst in het licht van de omstandigheden waarin de partijen de overeenkomst sloten. Welke overeenkomsten vragen verdere verklaringen? Hiervoor hanteert men een objectieve methode. Men bekijkt de feiten van een zaak en leidt daaruit af of het over dergelijke overeenkomst gaat. Het is hoofdzakelijk een feitenkwestie. Men past hier wel een algemene maatstaf toe die men ontwikkelde in de zaak *Allcard v Skinner*¹⁹². De Lord Chancellor zei dat het duidelijk moest zijn dat de overeenkomst redelijkerwijze niet kan verantwoord worden op grond van vriendschap, relatie, liefdadigheid of enig ander motief waarop mensen handelen. In de *Etridge*-zaak¹⁹³ bevestigde men deze rechtspraak door het criterium korter te stellen, namelijk dat de overeenkomst niet te verantwoorden is gezien de aard van de relatie tussen de partijen. Wat wel opgemerkt moet worden, is dat men niet aanvaardt dat het simpelweg gaat om

¹⁹¹ J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, London, Hart Publishing, 2007, 173-174; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 119-138; M.P. FURMSTON *et al.*, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract*, New York, Oxford University Press, 2007, 392-403; A. MASON, "The impact of equitable doctrine on the law of contract, Anglo-Am.L.R. 1998, (1) 7; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 366; P. RICHARDS, *Law of Contract*, London, Pitman, 1995, 215-217; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 217-220; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 411-414.

¹⁹² (1887) 36 Ch. D. 145.

¹⁹³ *Royal Bank of Scotland v Etridge* [2002] 2 A.C. 773.

een overeenkomst die uitleg vraagt. Er moet ook effectief een verklaring worden gegeven. De verklaring moet elk vermoeden van mogelijke uitoefening van ongepaste invloed wegnemen. Schenkt deze verklaring voldoening, dan is de aanklager er niet in geslaagd om aan de voorwaarden voor presumed undue influence te voldoen en zal er geen vermoeden kunnen worden ingeroepen. Is er geen bevredigende verklaring gegeven, dan vindt men deze vereiste wel voldaan en zal men zich kunnen baseren op het vermoeden¹⁹⁴.

Als de aanklager beide gegevens kan aantonen en dus aan deze cumulatieve voorwaarden voldoet, dan is het vermoeden gevestigd en is het aan de verweerder om te verantwoorden dat de aanklager wel degelijk een vrije en geïnformeerde beslissing heeft kunnen nemen. De verweerder kan tegenbewijs leveren van de vooraf bestaande relatie en van de overeenkomst die verklaringen nodig heeft. Er bestaat hier geen limitatieve lijst van mogelijke tegenbewijzen, men kan zijn inspiratie de vrije loop laten. Het gaat om cumulatieve voorwaarden. Als één van de twee feiten niet is aangetoond, dan is er geen sprake van vermoedelijke undue influence, ook niet als men de vooraf bestaande relatie combineert met andere gebeurtenissen of gegevens die geen aanleiding gaven tot werkelijke undue influence¹⁹⁵.

E. Inequality of bargaining power

78. De doctrine van '*inequality of bargaining power*' is in Engeland een zeer controversiële theorie, vooral de laatste jaren. De eerste bron van deze controverse is terug te vinden in *Lloyds Bank v Bundy*¹⁹⁶. De heer Bundy was een oudere man die niet erg thuis was in zakelijke aangelegenheden. Hij stond borg voor de schulden van het bedrijf van zijn zoon en hij gaf zijn huis in hypotheek aan de bank om die borg te garanderen. Bij het nemen van deze beslissing liet de heer Bundy zich bijstaan door zijn bankdirecteur, maar deze laatste adviseerde ook de zoon van meneer Bundy, dus was er sprake van belangenvermenging. Wanneer de bank de borg wou afdwingen en het huis van meneer Bundy in beslag wou nemen, weerlegde meneer Bundy deze vordering door te stellen dat de bank de hypotheek op een onjuiste manier had verkregen. Uiteindelijk besliste de rechtbank dat de bank er niet in geslaagd was om de presumed undue influence te weerleggen aangezien ze niet konden aantonen dat meneer Bundy onafhankelijk en onpartijdig geadviseerd was. De Lord Chancellor stelde in deze zaak een algemeen en allesomvattend principe van inequality of bargaining power voor. Hij zei dat het Engelse recht hulp biedt aan personen die zonder onafhankelijk advies een contract

¹⁹⁴ J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, London, Hart Publishing, 2007, 174-175; N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 156-167; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 366.

¹⁹⁵ N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, 117-118; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 366-367.

¹⁹⁶ [1975] QB 326

sluiten met oneerlijke condities of goederen overdragen, wanneer hun onderhandelingsmacht sterk verzwakt is door hun eigen noden en verlangens of door hun onwetendheid, gekoppeld aan undue influence of druk. Zijn doelstelling was eigenlijk om een nieuw algemeen principe te creëren die alle tot dan toe bestaande theorieën samenbrengt en zo een oplossing kan bieden aan een amalgaam aan problemen. Dit standpunt van de Lord Chancellor kreeg echter weinig bijval. Vooral in de zaken *Pao On v Lau Yiu Long*¹⁹⁷ en *National Westminster Bank Plc v Morgan*¹⁹⁸ moest de nieuwe theorie eraan geloven en werd ze hardhandig afgewezen. Wat wel moet worden opgemerkt, is dat de afwijzing van de theorie van *Lloyds Bank v Bundy* niet betekent dat de rechters maar alles zullen laten begaan en zullen toelaten dat de sterken de zwakken zullen overheersen. Uit de rechtspraak blijkt immers dat men een beroep doet op equity om een oplossing te bieden voor onredelijke en ongepaste overeenkomsten. Een bedenking die hierbij kan worden gemaakt, is hoe ver men zal gaan in het beroepen op equity om de rol te spelen van de theorie van inequality of bargaining power zoals het in *Lloyds Bank v Bundy* ontwikkeld werd. Het zou immers kunnen voorkomen dat men indirect toch bereikt wat men uitdrukkelijk afwijst, dat men een theorie van inequality of bargaining power toch bedekt toepast ook al beweert men dat niet te doen. Sommige academici hebben toch al aandacht getoond voor de theorie van inequality of bargaining power. Toch lijkt het volgens de meesten onwaarschijnlijk dat deze theorie volledig zal doorbreken. Men meent immers dat men alles al heeft met duress en undue influence om dergelijke situaties te verhelpen en bovendien vindt men ook dat de theorie te algemeen is. Het kan op zodanig veel uiteenlopende feiten worden toegepast dat het misschien niet meer consequent wordt en geen goeie oplossing biedt voor een specifieke zaak¹⁹⁹.

F. De Europese richtlijn inzake consumentenbescherming bracht veranderingen in het Engels gedachtegoed

79. Tot voor kort toonden Engelse juristen absoluut geen interesse in een algemene goede trouw-doctrine zoals die op het Europese continent leeft. Men gebruikte al zijn energie om de algemene goede trouw-aanpak te negeren. De laatste decennia, daarentegen, verandert de situatie enigszins en stijgt de aandacht voor een algemene theorie. Er wordt zelfs geopperd dat goede trouw voor Engeland de belangrijkste contractuele kwestie van de moderne tijd is. Hoe is deze fundamentele

¹⁹⁷ [1980] A.C. 614

¹⁹⁸ [1985] A.C. 686

¹⁹⁹ A. BURROWS, *A casebook on contract*, Portland, Hart Publishing, 2007, 771-775; M.P. FURMSTON *et al.*, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, New York, Oxford University Press, 2007, 23-24; A. MASON, "The impact of equitable doctrine on the law of contract", *Anglo-Am.L.R.* 1998, (1) 9-11; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 367-369; P. RICHARDS, *Law of Contract*, London, Pitman, 1995, 224-226; L. TEMPLEMAN en V. KRISHNAN, *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, 221-223; G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 421-423.

verandering er in zo'n korte tijd gekomen? De rechtspraak, maar dan vooral het optreden van de Europese Unie heeft hiervoor gezorgd²⁰⁰.

In 1993 kwam de Europese Unie op de proppen met een richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten²⁰¹. In artikel 3 van deze richtlijn stelt de Raad van Europa vast dat bij de beoordeling van het oneerlijk karakter van een overeenkomst of beding volgens de vastgestelde algemene criteria een bijkomend middel vereist is voor de afweging van de onderscheiden belangen van de partij in het geding. Dit bijkomend middel moet volgens de EU de goede trouw zijn. De Raad geeft ook nog een woordje uitleg in de preambule bij het gebruik van de goede trouw. Men stelt dat er bij de beoordeling van de goede trouw gelet moet worden op de onderhandelingsposities van beide partijen en op de sterkte van hun positie. Bovendien moet er bijzondere aandacht besteed worden aan de vraag of de consument op enigerlei manier ertoe aangezet is geweest om zijn toestemming te leveren. De richtlijn bepaalt ook dat de verkoper kan voldoen aan de plicht van de goede trouw door op eerlijke en redelijke wijze te onderhandelen met de consument en dat hij hierbij de rechtmatige belangen van die partij in aanmerking moet nemen. De richtlijn stelde als ultieme omzettingsdatum 31 december 1994 voorop²⁰².

Engeland zette deze Europese regelgeving oorspronkelijk om in nationaal recht aan de hand van de *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*²⁰³. Deze laatste trad in werking op 1 juli 1995, 6 maand later dan de richtlijn had vooropgesteld. Wat van deze Regulations gezegd kan worden, is dat ze het bestaande recht niet herroept, afschaft of wijzigt, ze vult het gewoon aan of overlapt zelfs met het bestaande recht. Tot aan de Regulations moest men zijn heil zoeken in de Unfair Contract Terms Act 1977. Deze Act is van toepassing op het algemeen contractenrecht. Op het moment dat men de Regulations creëerde, deed men geen moeite om die in de bestaande wetgeving te integreren. De Regulations vormen dus eerder een aanvulling op de algemene wetgeving en overlappen er zelfs mee, wat soms voor moeilijkheden of verwarring zorgt. Uiteindelijk werden deze Regulations herroepen door nieuwe Engelse regelgeving, namelijk de *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*²⁰⁴ die op 1 oktober 1999 in werking trad. De Regulations bepalen wat er onder consument, verkoper of leverancier en oneerlijke bedingen moet worden verstaan. Dit komt overeen met hetgeen de richtlijn bepaalt. Wat hier belangrijker is, is de goede trouw en de betekenis

²⁰⁰ R. BROWNSWORD *et al.*, *Good Faith in Contract: concept and context*, Aldershot, Ashgate, 1999, 1-2; G. TREUBER, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", *MLR* 1998, (11) 11.

²⁰¹ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

²⁰² Zie Richtlijn 93/13/EEG

²⁰³ SI 1994, No. 3159

²⁰⁴ SI 1999, No. 2083

ervan. In de oude Regulations 1994 stelde men dat een oneerlijk beding duidt op ieder beding die in strijd met de goede trouw een onevenwicht veroorzaakt in de rechten en plichten van de partijen en dit in het nadeel van de consument²⁰⁵. Men had hier zelfs een schema opgenomen waarin men bepaalde richtlijnen uiteenzette die men kon gebruiken bij het beoordelen van de goede trouw, zoals de sterkte van de onderhandelingspositie van de partijen, het feit dat de consument tot toestemmen werd aangezet, het feit of de verkoper op een eerlijke en faire manier met de consument is omgegaan,...²⁰⁶ Dit schema verdween in de Regulations 1999. Dit betekent echter niet dat deze criteria niet meer relevant zijn. Ze blijven opgesomd in de preambule van de Richtlijn en zijn zo nog van uiterst belang. De Regulations 1999 nemen in (5)1 gewoon de woorden van Regulations 1994 (4)1 over²⁰⁷.

80. Aangezien in Engeland een algemeen principe van goede trouw niet werkzaam is, zou men kunnen denken dat men er moeite mee zou hebben om het begrip in te vullen en te hanteren. Dat is echter niet het geval. De House of Lords ondervond in de zaak *Director General of Fair Trading v First National Bank Plc*²⁰⁸ absoluut geen moeilijkheden om het begrip zin te geven. Deze rechtszaak ontstond naar aanleiding van de betwisting van de eerlijkheid van een standaardvoorwaarde in een gereguleerde consumentenkredietovereenkomst. De First National Bank plc gebruikte die standaardvoorwaarden. Volgens dergelijke kredietovereenkomsten moest de consument die een lening had aangegaan met de bank deze lening terugbetalen in maandelijkse schijven. Elke schijf die zeven dagen te laat was, kon de bank opeisen volgens het contract. Het ging zelfs zover dat de bank de terugbetaling van het volledige bedrag kon eisen als de klant niet inging op het eerste verzoek van de bank. Bovendien stelde de overeenkomst dat intrest op het opeisbaar geworden bedrag zou worden geheven tot aan de betaling zowel na als voor enige rechterlijke uitspraak. Het was net deze clause die door de Director General of Fair Trading aangeklaagd werd op grond van de Regulations 1994 (4)1. Deze clause had immers tot gevolg dat wanneer de bank een vonnis verkreeg tegen de consument, deze laatste intrest verschuldigd was aan de bank op het nog openstaande bedrag evenals de reeds lopende intrest die nog verschuldigd was op het ogenblik van de uitspraak. Dit druist volledig in tegen de doelstelling van de Consumer Credit Act 1974 die stelt dat vanaf het moment dat er een rechterlijke uitspraak is in een vordering over consumentenkrediet er geen verdere intrest mag worden geheven door de kredietverstrekker. In eerste aanleg werd de vordering

²⁰⁵ Regulations 1994 (4)1

²⁰⁶ Regulations 1994 schedule 1

²⁰⁷ E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 370-378; W. TETLEY, "Good faith in contract, particularly the contracts of arbitration and chartering", JMLC 2004, afl. 35, (561) 586; M. VAN HOECKE en F. OST, *The Harmonisation of European private law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 179-181.

²⁰⁸ [2001] UKHL 52

van de Director General afgewezen, in beroep werd de vordering dan weer toegestaan en uiteindelijk belandde de zaak voor de House of Lords. In deze zaak kwam de betekenis van goede trouw overeenkomstig de Regulations veelvuldig aan bod. Zowel in eerste aanleg als in beroep verwees de rechter naar de zaak *Interfoto Picture Library Ltd. v Stiletto Visual Programmes Ltd.*²⁰⁹. Daarin stelde men dat goede trouw minstens vereist dat een bedrijf openlijk en eerlijk met zijn klanten omgaat. Men ging verder door te stellen dat een schending van de goede trouw-verplichting twee vormen kan aannemen, namelijk materiële en procedurele oneerlijkheid. Materiële oneerlijkheid houdt in dat een bezwaard beding, niet in verhouding met een redelijke beoordeling van de plichten van de partijen, wordt ingevoerd in het contract door de leverancier ten laste van de consument. Procedurele oneerlijkheid daarentegen duidt op de situaties waarin een consument onderworpen wordt aan een zwaar beding, die, ook al is hij niet materieel oneerlijk, toch het evenwicht tussen de partijen bij het contract aantast in het nadeel van de consument. Uiteindelijk benadrukte de House of Lords de band tussen goede trouw en eerlijk en openlijk handelen²¹⁰.

G. Hoe staat het Engels recht vandaag ten opzichte van goede trouw?

81. De vraag die zich nu stelt is of er vandaag de dag sprake is van een goede trouw-principe in Engels recht en hoe die geïnterpreteerd wordt. Daarvoor is de voormelde rechtszaak *Director General of Fair Trading v First National Bank Plc*²¹¹ van belang geweest. De uitspraken in eerste aanleg, beroep en van de House of Lords hebben toch wat klaarheid gebracht. Het is namelijk duidelijk geworden dat goede trouw in de context van de Regulations 1994 synoniem is voor open en eerlijk handelen en zowel een materieel als een procedureel element kent. In de rechtsleer is de aandacht voor een algemeen goede trouw-principe al flink toegenomen. Brownsword onderscheidt in de huidige situatie drie strekkingen: een positieve strekking, een neutrale strekking en een negatieve strekking²¹². Volgens de negatieve strekking is de invoering van een algemene goede trouw-theorie een slechte zaak. Argumenten komen ze hier niet te kort. Men kan er een vijftal onderscheiden. Een eerste mogelijk argument is dat goede trouw impliceert dat elke contracterende partij een bepaalde mate van terughoudendheid moet uitoefenen in het nastreven van zijn eigen belangen, want, zo stelt men, ter goeder trouw handelen is rekening houden met de legitieme belangen en verwachtingen van de tegenpartij. Een tweede argument sluit aan bij het eerste. Men is het erover eens dat goede trouw beperkingen stelt aan het nastreven van eigen belangen. Maar men weet niet hoe ver deze

²⁰⁹ [1989] Q.B. 433

²¹⁰ E. MCKENDRICK, *Contract Law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 265-266+376-377; W. TETLEY, "Good faith in contract, particularly the contracts of arbitration and chartering", JMLC 2004, afl. 35, (561) 573; C. TWIGG-FLESNER, "A Good Faith Requirement for English Contract law?", Nott. L. J. 2000, afl. 9.1, (80) 80-83.

²¹¹ [2001] UKHL 52

²¹² R. BROWNSWORD *et al.*, *Good Faith in Contract: concept and context*, Aldershot, Ashgate, 1999, 15-34.

beperkingen gaan. Met andere woorden, goede trouw veronderstelt morele standaarden, maar men weet niet wiens of welke moraliteit men moet aannemen. Hiermee benadrukt men het vage en onzekere karakter van de goede trouw. Daarnaast stelt men als derde argument dat goede trouw moeilijke vragen zal doen rijzen over de motieven van de partijen. Men verbindt vaak de vraag naar goede trouw aan de vraag naar de redenen voor iemands daden. Breekt men onderhandelingen af omdat het iemand economisch beter past om niet met die persoon te contracteren of doet men dat gewoon om dat het verschil in onderhandelingsmacht te groot en niet overbrugbaar is? Dergelijke vragen kunnen voor problemen zorgen en daar is de goede trouw dan de oorzaak van. Ten vierde vindt men dat als goede trouw ingrijpt in wezenlijke aangelegenheden dat de autonomie van de partijen beïnvloedt. En als de autonomie van de partijen bij contracteren wordt aangetast, dan is dat in strijd met het fundamenteel principe van vrijheid van contracteren. Als laatste argument haalt men aan dat het onmogelijk is om een algemeen principe toe te passen in een systeem van contractenrecht waarbij men rekening moet houden met de context. Men meent immers dat goede trouw in gebreke blijft doordat ze niet erkent dat iedere context van contracteren niet dezelfde is. Men vindt dat het niet kan dat men een theorie toepast die geen rekening houdt met de specifieke condities van ieder contract²¹³.

Naast deze negatieve visie bestaat er in Engeland ook een neutrale strekking. Deze strekking stelt dat er eigenlijk geen echte bezwaren zijn tegen de invoering van een algemeen goede trouw-principe, maar daarnaast stelt men ook dat het Engels recht eigenlijk zijn eigen middelen heeft en daarmee dezelfde resultaten bekomt als de goede trouw. Wat wel moet worden opgemerkt, is dat deze strekking eigenlijk meer naar de negatieve kant gaat. Men heeft niets tegen het goede trouw-principe, maar hun rechtssysteem heeft eigenlijk al een verscheidenheid aan middelen om tegemoet te komen aan oneerlijkheid in contracten. Men zal toch eerder weigerachtig staan tegenover de invoering van een goede trouw-principe, maar men is er niet principieel tegen²¹⁴.

Als laatste kan men ook een positieve strekking onderscheiden. De aanhangers van deze visie stellen dat goede trouw bevorderlijk kan zijn voor het Engels recht. Men zou zich dan kunnen beroepen op een krachtiger en effectiever middel dan de verschillende Engelse middelen voor het omgaan met oneerlijkheid in contractenrecht. De voorstanders stellen vooreerst dat men eigenlijk al werkt met een principe van kwade trouw. Waarom zou men dan niet een directe en open aanpak van het probleem hanteren in plaats van te werken met een negatief begrip die het probleem onrechtstreeks en heimelijk definieert. Daarnaast haalt men ook aan dat de rechters in Engeland slecht uitgerust zijn om eerlijke resultaten te bereiken in zaken van oneerlijk contracteren, zodat ze in sommige gevallen er totaal niet in slagen om recht te doen. Bovendien weerlegt men een negatief argument door te

²¹³ R. BROWNSWORD *et al.*, *Good Faith in Contract: concept and context*, Aldershot, Ashgate, 1999, 15-21.

²¹⁴ R. BROWNSWORD *et al.*, *Good Faith in Contract: concept and context*, Aldershot, Ashgate, 1999, 21-25.

stellen dat men met een goede trouw-principe beter gewapend is om de zeer uiteenlopende belangen te beantwoorden. Het kan het recht veel verder helpen in het tegemoetkomen aan de redelijke verwachtingen van elkeen. Ten slotte houdt men voor dat goede trouw een voordelig effect kan hebben op het klimaat bij contracteren dat nog veel verder gaat dan alleen op probleemoplossend gebied. Het heeft het potentieel om partijen meer zekerheid te verschaffen en om grotere flexibiliteit te creëren in onderhandelingswijzen²¹⁵.

82. In de Engelse doctrine komen op dit moment volgens Brownsword drie verschillende goede trouw-types voor. Het eerste model opteert voor een goede trouw-vereiste. Dit model werkt gewoon verder met de standaarden van eerlijk handelen die reeds bestaan in contractscontext. Men suggereert hier een interpretatie van goede trouw volgens de standaardregels van eerlijk handelen van de maatschappij waarvan de contracterende partijen deel uitmaken. Een tweede mogelijkheid is een goede trouw-regime. Hierbij gaat men verder in op de standaardprincipes van eerlijk handelen die voorgeschreven worden door een kritische moraliteit van samenwerken. Men zoekt hier dus geen erkende standaardprincipes zoals in de eerste methode, maar men probeert hier eerder de grondregels voor samenwerking uit te werken. Het derde model vertrekt van intuïtieve gerechtigheid. In dit model moeten rechters reageren op de verdiensten en feiten van een situatie en zich op die manier van een zaak ontdoen. Dit model wordt echter volledig afgewezen door de rechters. Het gaat met andere woorden nog tussen een goede trouw-regime en een goede trouw-vereiste. Het lijkt er op dat het Engelse recht een goede trouw-vereiste aan het aannemen is en de rechtspraak in de zaak *Director General of Fair Trading v First National Bank plc* bevestigt dit vermoeden²¹⁶.

83. Men dacht dat de Europese richtlijn een schok zou zijn voor Common law, aangezien men geen algemeen goede trouw-principe kent. Nochtans mag men niet zo drastisch zijn. Engelse rechters hebben al veel moeite gedaan en zijn wel degelijk betrokken bij zaken van contractuele eerlijkheid. Wat men elders kent als goede trouw, heeft de Engelse rechtspraak aangenomen als een zorgplicht of een plicht om met andermans belangen rekening te houden. Het is dan ook heel duidelijk dat het Engelse recht de algemene goede trouw-plicht in consumentenrecht heeft aangenomen. Men zette het om in wetgeving en past het feilloos toe. De vraag is hoe men dit algemeen goede trouw-principe dat men zolang geweerd heeft, nu zal gaan toepassen en interpreteren. Men meent dat men in Engeland het nieuwe concept gewoon zal interpreteren volgens haar eigen methodes en in zijn eigen

²¹⁵ R. BROWNSWORD *et al.*, *Good Faith in Contract: concept and context*, Aldershot, Ashgate, 1999, 25-32.

²¹⁶ R. BROWNSWORD *et al.*, *Good Faith in Contract: concept en context*, Aldershot, Ashgate, 1999, 33-34; C. TWIGG-FLESNER, "A Good Faith Requirement for English Contract Law?", *Nott. L. J.* 2000, afl. 9.1, (80) 83-84.

tradities en gewoontes zal inpassen als een flexibel instituut. Als men de geschiedenis van Common law voor ogen houdt, ziet men dat men er ook in slaagde algemene regels te gebruiken als werkbare normen. Equity is immers zo ontstaan en creëerde zelf algemene normen die men in de rechtspraak als algemeen werkbare regels toepaste. Waarom zou Engeland er dan niet in slagen om dat met het algemeen goede trouw-principe te doen? Bovendien wees bovenvermelde rechtspraak er al op dat men zonder veel problemen een algemeen principe van goede trouw kan inpassen in het consumentenrecht. Men neemt het concept uit de richtlijn aan en past het in zijn traditionele manier van werken in. De meer interessante vraag die men zich hier kan stellen, is wat de impact zal zijn van de invoering van een algemeen goede trouw-principe in een belangrijk deel van het recht op andere onderdelen van het recht, zoals het contractenrecht. De tijd is immers wellicht aangebroken om een algemeen goede trouw-principe in Engeland in te voeren. De funderingen zijn immers al gelegd in de vorm van fragmentaire oplossingen. Zij kunnen dienen als fundamenteen voor het algemeen principe van goede trouw in Engels contractenrecht. De gedeeltelijke oplossingen die men nu hanteert, impliceren immers nagenoeg hetzelfde als goede trouw, namelijk eerlijkheid en redelijkheid. Het kan een positief effect hebben op de eenheid en de samenhang binnen het recht, op de overeenstemming van het internationaal recht, de aanpassing van het Engels recht aan Europese regelgeving en om de belangen van de partijen beter te beschermen. Er zijn bijvoorbeeld in het handelsrecht al stemmen opgegaan in de UK Law Commission om een wetboek van handelsrecht te creëren bestaande uit eerder algemene regels dan uit gedetailleerde bepalingen naar het voorbeeld van onder andere de Principles of European Contract law. Één van die algemene principes zou hoogstwaarschijnlijk het goede trouw-principe zijn. Uit dergelijke initiatieven blijkt duidelijk dat men Engelse juristen wil vertrouwd maken met een algemene norm als goede trouw. Men heeft vastgesteld dat men in Engels recht niet zozeer afkerig staat ten opzichte van goede trouw, maar dat men eerder weigerachtig is ten opzichte van algemene principes. Het Engels contractenrecht is wel degelijk sterk begaan met goede trouw, eerlijk handelen en principes als redelijkheid en billijkheid. Dat is gebleken uit de rechtspraak. Het is eerder hun argwaan tegenover een algemeen principe die de aanvaarding van het algemeen goede trouw-principe verhindert. Men heeft een soort automatisch wantrouwen ten opzichte van algemene principes. Men vindt ze vaak te vaag, te onzeker en onwerkbaar. Denk maar aan de poging van de Lord Chancellor om een algemeen principe van inequality of bargaining power te creëren, waarin duress en undue influence begrepen waren. Hij ondernam die poging in de zaak *Lloyds Bank v Bundy*²¹⁷. Dit algemeen concept werd immers zeer vlug afgewezen. Nochtans zijn ze er in het verleden al in geslaagd om algemene principes werkbaar te maken, zoals in equity. Als men deze barrière kan opheffen, zal het niet lang meer duren voor goede

²¹⁷ [1975] Q.B. 326

trouw algemeen aanvaard en toegepast wordt in het Engels contractenrecht. Dit is iets om in de toekomst zeker in het oog te houden²¹⁸.

§2. Goede trouw in Civil law-landen

A. Het principe van goede trouw

84. Zoals ondertussen alom bekend is, is Civil law een afgeleide van het Romeins recht. Met het goede trouw-principe is dat niet anders. Het principe speelde een grote rol in het Romeins recht. Het maakte integraal deel uit van het recht in het Romeinse Rijk. In Romeins recht staat goede trouw beter bekend als '*bona fides*'. Heel wat verschillende rechtsgebieden ondervonden de invloed van deze goede trouw, onder andere het eigendomsrecht, het herstelregime en verkoopovereenkomsten. Vooral in het handelsrecht nam het een prominente plaats in. Naarmate de internationale handel toenam, werd een stelregel als goede trouw van groot belang. Na de heropleving van het Romeinse recht in de Kerk werkte het kerkelijk recht verder met het principe van goede trouw. Het canoniek recht is hoofdzakelijk gebaseerd op het geweten. Door het samenbrengen van een goed en zuiver geweten met het principe van bona fides, kwam men tot één van de oudste en belangrijkste grondbeginselen van het contractenrecht, namelijk *pacta sunt servanda*, of 'overeenkomsten zijn bindend'. Dit grondbeginsel van het contractenrecht is gefundeerd op bona fides. Bona fides was zodanig verstrengeld in het recht dat het tot op vandaag overleefde en een aanzienlijke plaats inneemt in Civil law-rechtsstelsels²¹⁹.

85. De meeste rechtsstelsels maken een onderscheid tussen subjectieve goede trouw en objectieve goede trouw. De eerste heeft te maken met een subjectieve geestestoestand, terwijl de laatste eerder betrekking heeft op het gedrag van contracterende partijen. De subjectieve goede trouw wordt hoofdzakelijk gehanteerd in eigendomsrecht en houdt in dat men een bepaald gegeven of gebeurtenis niet weet of niet hoeft te weten. De objectieve goede trouw komt het meest voor in het

²¹⁸ H. COLLINS, *The law of contract*, London, Lexis Nexis, 2003, 216-220; A.D.M. FORTE, *Good faith in contract and property law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 41-48; M. FURMSTON *et al.*, *Contract formation and letters of intent: a comparative assessment*, Chichester, Wiley, 1997, 275; A.S. HARTKAMP *et al.*, *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, 207-208; E. MCKENDRICK, *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, 267-268; W. TETLEY, "Good faith in contract, particularly the contracts of arbitration and chartering", *JMLC* 2004, afl. 35, (561) 589-590; G. TEUBNER, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", *MLR* 1998, afl. 61, (11) 12; M. VAN HOECKE en F. OST, *The Harmonisation of European private law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 186-187.

²¹⁹ A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, J. HIJMA en W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 330; H.J. DE KLUIVER, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 34-35; J.F. O'CONNOR, *Good faith in English law*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1990, 81-84; R. ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 16-18.

contractenrecht en vereist dat de partijen ter goede trouw handelen tijdens het contracteren. In Duitsland heeft men voor deze vormen van goede trouw een andere uitdrukking. Subjectieve goede trouw wordt er ‘*guter Glaube*’ genoemd, objectieve goede trouw is daarentegen gekend als ‘*Treu und Glauben*’. In Nederland gebruikt men goede trouw in de subjectieve zin, terwijl redelijkheid en billijkheid staat voor objectieve goede trouw. Deze laatste vorm van goede trouw is hier aan de orde²²⁰.

86. Goede trouw in contractenrecht wordt gezien als een normatief begrip, bestaande uit een open norm. Het wordt beschouwd als één van de hoogste normen van het contractenrecht en soms zelfs van het gehele privaatrecht. Men verbindt goede trouw vaak met morele maatstaven. Enerzijds ziet men goede trouw zelf als een morele norm. Het staat immers voor eerlijkheid, loyaliteit, correctheid, redelijkheid, verstandigheid, enzovoort. Goede trouw is met andere woorden het toonbeeld van redelijkheid en billijkheid. Traditioneel betekent goede trouw dat een partij rekening moet houden met de belangen van de andere partij. Anderzijds stelt men ook dat goede trouw de deur open zet om morele normen in het recht binnen te laten dringen. Bovendien is goede trouw een open norm. Men kan het niet invullen als een andere regel uit een wetboek. Het is een norm waarvan de inhoud niet vooraf op abstracte wijze kan worden bepaald. Een eenvormige definitie is er niet te vinden. De omstandigheden van de zaak bepalen de inhoud van goede trouw en het moet dan ook precies in het licht van die omstandigheden geconcretiseerd worden. Wat wel moet worden opgemerkt, is dat men de invulling van goede trouw wel niet alleen aan het subjectieve oordeel van de rechter mag overlaten. Men voorziet in de meeste landen in bepaalde normen of methodes om de uitspraken van de rechtbanken toch enigszins te rationaliseren en objectiveren. Het doel van deze methodes is om de toepassing van een algemeen principe als goede trouw zo verantwoord en onbevooroordeeld mogelijk te laten verlopen. De rechter zal zich dan meestal laten leiden door de eisen van redelijkheid en billijkheid. De algemene methode om dit resultaat te bereiken, is dat men functies van goede trouw onderscheidt en verschillende groepen maakt in zaken waarin goede trouw reeds toegepast werd²²¹.

²²⁰ A.R. BLOEMBERGEN *et al.*, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 330; Y. DERAÏNS, F. GOFFIN, B. HANOTIAU en M. DE MIDDELEER, *Het contract in wording*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 38; A.S. HARTKAMP en M.M.M. TILLEMA, *Contract law in the Netherlands*, Den Haag, Kluwer law international, 1995, 48-49; A.S. HARTKAMP *et al.*, *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, 287; J.H. HERBOTS, *Contract law in Belgium*, Deventer, Kluwer, 1995, 73; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht I: Verbintenissen uit meerzijdige en eenzijdige rechtshandelingen*, Leuven, Acco, 1998, 37-38; R. ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 30-31.

²²¹ A.R. BLOEMBERGEN *et al.*, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 329-334; S. DAVID-CONSTANT, *La bonne foi*, Liège, Jeune barreau, 1990, 34-40 + 47-56; S. GRUNDMANN en M. SCHAUER, *The architecture of European codes and contract law*, Den Haag, Kluwer law international, 2006, 112; A.S. HARTKAMP en M.M.M. TILLEMA, *Contract law in the Netherlands*, Den Haag, Kluwer law

Wat de functies van goede trouw betreft, zijn er in het algemeen een drietal taken te onderscheiden. Ten eerste vervult goede trouw een aanvullende functie, vooral wat betreft de verplichtingen die men heeft. Goede trouw vereist immers van de partijen dat zij bepaalde gedragsregels naleven. Het is daarbij niet van belang of de partijen de toepassing van die regels gewild hebben. Alleen het bestaan van het contract en de goede trouw die erop van toepassing is, zorgt ervoor dat men die regels moet naleven. Deze vinden meestal hun oorsprong in het sociaal leven. Hier vult de goede trouw in het contract aan wat door de partijen ongeregeld is gebleven. Wat zij wel overeengekomen zijn, wordt hier niet aangetast. Ten tweede heeft goede trouw een beperkende of corrigerende werking op de rechten van de partijen. In deze functie zorgt de goede trouw ervoor dat men kan worden beperkt in het afdwingen of invoeren van zijn rechten uit het contract, omwille van het feit dat die rechten in strijd zijn met de goede trouw. Wat men hier in het contract overeengekomen is, wordt in vraag gesteld en zelfs terzijde geschoven. Het gaat soms zelfs zo ver dat men wat naar aanleiding van de overeenkomst uit de wet voortvloeit aan de kant zet. Als het contract of de wet tot een onaanvaardbaar resultaat leidt en dus in strijd is met de goede trouw, kan men beide buiten spel zetten. Het principe is wel nog steeds dat men gebonden is door het gegeven woord en door de wet, maar men kan er in omstandigheden op basis van de goede trouw van afwijken. In feite bevindt deze functie zich in het verlengde van de eerste. Men wordt door goede trouw verplicht om bepaalde gedragsregels na te leven en als de uitoefening van hun recht daarmee in strijd is, kan elke partij beperkt worden in hun rechten. Ten slotte kent men goede trouw ook een interpretatieve rol toe. Het vertrekpunt hiervoor is de bedoeling van de partijen. De rechter probeert de gemeenschappelijke bedoeling van beide partijen bij het sluiten van de overeenkomst te achterhalen en lost zo gerezen problemen op die de partijen zelf niet konden oplossen. Op die manier vult goede trouw lacunes op in een overeenkomst en in het contractenrecht zodat men niet gebonden is door onvolledige of ongepaste overeenkomsten. Dergelijke implementering van goede trouw mag echter wel niet zo ver leiden dat het begrip zou verstarren. Het is essentieel dat het een open norm blijft zodat het ervoor kan blijven zorgen dat het recht flexibel is²²².

international, 1995, 48-49; A.S. HARTKAMP *et al.*, *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, 287-293; J.H. HERBOTS, *Contract law in Belgium*, Deventer, Kluwer, 1995, 72-73; B.S. MARKESINIS *et al.*, *The German law of contract: a comparative treatise*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 125-126; M.E. STORME, "Good faith and the contents of contracts in European private law", *EJCL* 2003, afl. 7.1, www.ejcl.org, (1) 3; R. ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 22-32.

²²² A.R. BLOEMBERGEN *et al.*, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 329-334; H. BOCKEN en W. DE BONDT, *Introduction to Belgian law*, Den Haag, Kluwer law international, 2001, 234-235; S. DAVID-CONSTANT, *La bonne foi*, Liège, Jeune barreau, 1990, 34-40 + 47-56; S. GRUNDMANN en M. SCHAUER, *The architecture of European codes and contract law*, Den Haag, Kluwer law international, 2006, 112; A.S. HARTKAMP en M.M.M. TILLEMA, *Contract law in the Netherlands*, Den Haag, Kluwer law international, 1995, 48-49; A.S. HARTKAMP *et al.*, *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, 287-293; J.H. HERBOTS, *Contract law in Belgium*, Deventer, Kluwer, 1995, 72-73; B.S. MARKESINIS *et al.*, *The German law of contract: a comparative treatise*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 125-

87. Natuurlijk verschillen de goede trouw-theorieën binnen Civil law-landen ook van elkaar. Als de goede trouw van België, Nederland, Frankrijk en Duitsland onder de loep worden genomen, bevatten ze alle vier de algemene elementen van hierboven, maar kunnen er toch enkele opmerkelijke kanttekeningen gemaakt worden.

Bona fides kon in Duitsland zonder veel problemen samengevoegd worden met het reeds bestaande principe '*Treu und Glauben*', dat staat voor getrouwheid en geloof. Dit principe vond uiteindelijk ook zijn ingang in het befaamde artikel 242 BGB. Het Duitse recht hanteert dit artikel als basis voor goede trouw. Dit artikel wordt het meest gebruikt door de rechtbanken om de rechten en plichten van partijen bij een overeenkomst te wijzigen. Door de toepassing en interpretatie van het BGB is er een situatie ontstaan waarin goede trouw de basis wordt voor de toepassing van ieder andere regel uit het Duitse privaatrecht op individuele zaken. Het artikel is in principe alleen van toepassing op de uitvoering van de overeenkomst, maar gaandeweg is het uitgegroeid tot een supernorm in het Duitse privaatrecht. Het precontractueel goede trouw-principe is in 2001 zelfs in het BGB opgenomen na hervormingen. Men neemt vandaag de dag aan dat het staat voor vertrouwen, in het bijzonder wederzijds vertrouwen waarbij de belangen van anderen in rekening worden genomen. Artikel 242 BGB is dan ook het voorbeeld bij uitstek van de Duitse '*general clauses*', waarmee Duitsland wereldwijd bekend staat. De toepassing van de goede trouw op basis van art. 242 BGB alleen of in combinatie met andere bepalingen lijkt sterk op het Anglo-Amerikaanse equity in die zin dat men goede trouw in de vorm van meer specifieke regels gaat toepassen. Men is deze goede trouw-regels gaan hanteren omdat men orde in de gerechtelijke chaos wou brengen. Men deelde het samenhangende geheel aan zaken van artikel 242 BGB op, onderscheidde de verschillende functies ervan en maakte zo clusters of types van zaken waarvoor voor elke type een praktisch principe kan worden gevonden. Deze groepen noemt men in het Duits ook wel '*Fallgruppen*'. Men zette de goede trouw naar Duitse hand. De gelijkenis met Anglo-Amerikaanse equity is te vinden in het feit dat equity ook dergelijke praktische principes ontwikkelde en zo specifieke regels vormde. Het BGB kent geen algemene definitie van goede trouw, maar aan de hand van deze types zou men er wel de draagwijdte en werking van kunnen afleiden. Het succes van het Duitse goede trouw-principe is net gelegen in deze aanpak van algemeen gebruik. Men hanteert het om een contract creatief op te

126; M.E. STORME, "Good faith and the contents of contracts in European private law", EJCL 2003, afl. 7.1, www.ejcl.org, (1) 3; G. TEUBNER, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", MLR 1998, (11) 20; C.C. VAN DAM en A.J. VERHEIJ, *Privaatrecht als opdracht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 179-180; W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht 1: Verbindenissen uit meerzijdige en eenzijdige rechtshandelingen*, Leuven, Acco, 1998, 36-47; R. ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 22-32.

stellen en in overeenstemming te brengen met gerechtigheid en eerlijkheid. Artikel 242 BGB doet extra verplichtingen ontstaan die van belang kunnen zijn bij een contract zoals een informatieverplichting, een samenwerkingsplicht,... en dit zowel precontractueel als na de uitvoering van het contract. Het algemeen goede trouw-artikel 242 BGB werkt aanvullend ten opzichte van het recht. De bedoeling van artikel 242 BGB is dan ook om harde en onbillijke situaties te vermijden²²³.

Wat in Nederland opmerkelijk is, is de benaming van de theorie. In het oude Nederlands Burgerlijk Wetboek stond in art. 1374 lid 3 dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd. In het Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek werd deze bepaling vervangen door art. 6:2 NNBW en deze laatste bepaalt nu dat schuldeiser en schuldenaar zich volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid moeten gedragen ten opzichte van elkaar. Art. 6:248 stelt bovendien dat een overeenkomst niet alleen die rechtsgevolgen heeft die uit het contract voortkomen, maar ook welke uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Deze verandering heeft vooral te maken met het feit dat men in Nederland een onderscheid maakt tussen een gedragsnorm en een norm die betrekking heeft op de inhoud van een overeenkomst. Men gebruikt als argumentatie dat in het oude BW ook twee artikelen voorhanden waren die een andere situatie regelden, met name art. 1374, dat de uitvoering ter goeder trouw van een contract betrof en art. 1375, dat een overeenkomst dan eerder zou aanvullen volgens de aard van de overeenkomst. De meeste rechtsgeleerden meenden dat de goede trouw van art. 1374 lid 3 oud BW dezelfde lading dekte als de billijkheid van art. 1375 oud BW, het verschil lag in de vervulling van een andere functie. Het eindresultaat was dat men in allebei de gevallen toetste aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Algemeen kan men het als volgt zien: de goede trouw is een specifieke uitwerking van de billijkheid en heeft betrekking op kennis hebben van bepaalde feiten; redelijkheid en billijkheid zijn de norm en betreffen gedragsnormen. Sinds het NNBW werkt men in het contractenrecht met redelijkheid en billijkheid in plaats van met goede trouw. Goede trouw gebruikt men meestal in de context van eigendomsrecht en dus in de subjectieve vorm, terwijl redelijkheid en billijkheid zich in de contractuele sfeer bevinden en eerder de objectieve betekenis van goede trouw bestrijken. Deze verschuiving is ook te verklaren door een aanpassing van de Nederlandse oriëntatie van de Franse groep naar de Duitse groep. Het oude art. 1374 BW was hoofdzakelijk geïnspireerd op art. 1134 *Code Civil* en kreeg net

²²³ Y. DERAIS *et al.*, *Het contract in wording*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 39; B.S. MARKESINIS *et al.*, *The German law of contract: a comparative treatise*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 122; A.M. MUSY, "The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures", *Global Jurist Advances* 2001, (1) 5-7; J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English law*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1990, 85-89; O. TENE, *Good faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*, onuitg., working paper Management New York University, 10-12 ; R. ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 22-26.

zoals in het Franse recht weinig aandacht. Na de eerste Wereldoorlog veranderde de houding van juristen en rechters en werd art. 1374 BW aanzien als één van de belangrijkste bepalingen van het volledige wetboek. De toepassing ervan begon de allures te krijgen van art. 242 BGB. Het is dan ook niet zo verwonderlijk dat men bij de creatie van het NNBW meer aandacht heeft besteed aan goede trouw en men het meer heeft uitgewerkt²²⁴.

Art 1134 *Code Civil* is het basisartikel voor goede trouw in Frankrijk. Na het ontstaan van die Code Civil werd er echter weinig aandacht besteed aan de goede trouw in contractuele relaties. Het Franse contractenrecht werd gedomineerd door de gedachte van vrijheid van de wil van partijen en de manier waarop men die hanteerde en interpreteerde liet weinig ruimte over voor goede trouw. Wanneer men toen de fase van het maken van een contract bekeek, focuste men vooral op het feit of er geen gebreken waren in de toestemming. Bovendien vatte men goede trouw eerder op in die zin dat partijen zich aan hun overeenkomsten moesten houden en dat deze moest worden geïnterpreteerd volgens de bedoeling van de partijen. Naarmate de tijd vorderde veranderde men in Frankrijk van mening. Vandaag neemt men aan dat alle contracten moeten worden gemaakt in overeenstemming met de goede trouw. Men zou dus kunnen stellen dat Frankrijk ook een heel algemene strekking toekent aan goede trouw zoals Duitsland dat doet, maar dat is absoluut het geval niet. Art 242 BGB heeft een algemene draagwijdte en is op het volledige privaatrecht van toepassing. In Frankrijk daarentegen werkt men met meer regels en geeft men geen algemene definitie aan het begrip. Goede trouw is in het Franse recht minder ontwikkeld. Dit kan te maken hebben met het feit dat de Fransen het recht zien in termen van juridische regels die in de praktijk moeten worden toegepast en zij veel minder nadruk leggen op algemene rechtsregels. Toch onderneemt men pogingen om het goede trouw-principe uit te breiden. De rechtbanken trachten mensen toch soelaas te bieden voor contracten die onnodig belastend of oneerlijk zijn. De rechters en juristen geven blijk van een verbluffende vindingrijkheid in het toepassen van de goede trouw en in het creëren van een algemeen principe. Vanaf de jaren zeventig probeerde men het aantal situaties waarin goede trouw kan worden toegepast uit te breiden. Dit heeft vruchten afgeworpen en men bekommt zelfs een situatie zoals in Duitsland, waar men wel met een general clause werkt²²⁵.

²²⁴ A.R. BLOEMBERGEN *et al.*, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2001, 329-331; H.J. DE KLUIVER, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 33-34; S. GRUNDMANN en M. SCHAUER, *The architecture of European codes and contract law*, Den Haag, Kluwer law international, 2006, 112; A.S. HARTKAMP en M.M.M. TILLEMA, *Contract law in the Netherlands*, Den Haag, Kluwer law international, 1995, 48-49; C.C. VAN DAM en A.J. VERHEIJ, *Privaatrecht als opdracht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 178-179; R. ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good Faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 53-55.

²²⁵ A.M. MUSY, "The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures", *Global Jurist Advances* 2001, (1) 2-5; J.F. O'CONNOR, *Good faith in English law*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1990, 94-98; R.

Het Belgisch contractenrecht is grotendeels gebaseerd op de Franse Code Civil. Goede trouw bevindt er zich zelfs in hetzelfde artikel als in Frankrijk, namelijk artikel 1134 BW. In België is men lange tijd heel terughoudend geweest ten opzichte van een goede trouw-principe. Oorspronkelijk gebruikte men het alleen voor de interpretatie van wilsverklaringen van partijen. Men was er ook niet uit wat voor iets goede trouw nu precies was. Was het een algemeen rechtsbeginsel, een gewoon principe of een toepassing van art. 1382 BW inzake onrechtmatige daad? De laatste decennia is er echter een verandering op te merken in het Belgisch gedachtegoed. Vandaag neemt men aan dat goede trouw een gedragsnorm is voor partijen en dat er volgens de goede trouw sprake is van eisen van redelijkheid en billijkheid. Bovendien neemt de meerderheid van de Belgische juristen nu aan dat goede trouw een autonoom algemeen rechtsbeginsel is. Voornamelijk door de invloed van het Duitse recht op het Belgisch contractenrecht heeft deze verschuiving zich voorgedaan²²⁶.

B. Is goede trouw ook in de precontractuele fase aan de orde?

88. Het Europese Civil law-recht hecht veel meer belang aan de goede trouw in de precontractuele fase dan Common law. Het Civil law-contractenrecht legt meer nadruk op de relatie tussen de partijen, terwijl Common law meer focust op de uitkomst van die relatie, het contract. In nagenoeg alle Civil law-landen neemt men aan dat men in de onderhandelingen ter goeder trouw moet handelen. Deze verplichting kan zo worden verstaan dat een rechter zich bevoegd kan achten om hetgeen tijdens de onderhandelingen gebeurd is, te toetsen en daaraan eventueel gevolgen te verbinden. Algemeen neemt men wel aan dat goede trouw betekent dat men rekening moet houden met de belangen van de wederpartij. Men moet een bijzondere zorgvuldigheid aan de dag leggen. De vraag is welke gedragingen nu precies onder deze goede trouw vallen. Men is het nagenoeg eens dat het onjuist informeren of onderhandelen zonder de intentie te contracteren met de bedoeling waardevolle informatie te verkrijgen een schending inhoudt van het goede trouw-beginsel. Over andere aspecten is er minder eensgezindheid, zoals bijvoorbeeld terugkomen op reeds gemaakte afspraken, niet vertrouwelijk omgaan met informatie, weigeren om serieus te reageren, enzovoort. In vele West-Europese landen zoals Frankrijk, Nederland, België, Duitsland, Italië, Spanje en Portugal bepaalt men in die gevallen bepaalde criteria aan de hand waarvan men kan bepalen of er sprake is van een schending van de goede trouw. Omzeggens alle van deze landen associëren loyaliteit en samenwerking met goede trouw. Wat die principes betreft verwacht men dat partijen vanuit een

ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 32-39.

²²⁶ H.J. DE KLUIVER, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 34; J.H. HERBOTS, *Contract law in Belgium*, Deventer, Kluwer, 1995, 72-73; R. ZIMMERMANN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 52.

positieve en actieve houding serieuze en gemeende voorstellen doen voor het bereiken van overeenstemming tussen de partijen. Of anders gezegd, van de partijen wordt een reële, redelijke en openlijke opstelling verwacht. Zo kan men verlangen dat partijen wat tijd uittrekken voor de onderhandelingen, dat men voor enige voorbereiding zorgt, dat men een goede informatiehuishouding heeft, dat men voldoende mogelijkheden tot overleg krijgt, enzovoort²²⁷.

89. Als de uitgekozen landen meer in detail bekeken worden, kunnen enkele opmerkingen gemaakt worden. In Duitsland is de precontractuele verplichting tot onderhandelen ter goeder trouw heel uitdrukkelijk gesteld. Partijen zijn verplicht ter goeder trouw te onderhandelen en als een partij deze verplichting niet nakomt of schendt, kan zij aansprakelijk worden gesteld voor de schade die daaruit voortvloeit voor de tegenpartij. Een partij mag de precontractuele onderhandelingen niet zomaar afbreken zonder dat men de schade van de tegenpartij die erop vertrouwde een contract te bekomen, te vergoeden. Zoals reeds besproken, is artikel 242 BGB de centrale bepaling geworden in het Duitse privaatrecht. Oorspronkelijk was dit artikel alleen bedoeld om toegepast te worden op bestaande en effectieve contracten. Gaandeweg heeft men de precontractuele aansprakelijkheid ontwikkeld en is artikel 242 BGB zo ook van toepassing geworden op de precontractuele fase. Dit was oorspronkelijk gecreëerd door de rechtspraak. In 2002 heeft men bij een hervorming van het BGB de precontractuele onderhandelingsplicht ter goeder trouw effectief opgenomen in het wetboek. Hier is de precontractuele onderhandelingsplicht eerder contractueel van aard geworden²²⁸.

Nederland volgt het elan van Duitsland. Net zoals algemeen met goede trouw het geval was, overheerste oorspronkelijk de Franse invloed. Ook hier was dat zo. Onzorgvuldig onderhandelen of afbreken van onderhandelen werd er berispt via de onrechtmatige daad, net zoals in Frankrijk. De Duitse invloed steeg na verloop van tijd en men veranderde van standpunt. Onderhandelen ter goeder trouw werd een quasi-contractuele verplichting bij het tot stand komen van een contract. In het Nederlandse recht is de precontractuele onderhandelingsplicht ter goeder trouw geïntroduceerd naar aanleiding van een rechtszaak in 1957²²⁹. De Hoge Raad stelde in deze zaak dat partijen door in

²²⁷ H.J. DE KLUIVER, *Onderhandelen en Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 43-52; A.S. HARTKAMP *et al.*, *Towards an European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, 211-213; O. TENE, *Good faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*, onuitg., working paper Management New York University, 2; W. TETLEY, "Good faith in contract, particularly the contracts of arbitration and chartering", *JMLC* 2004, afl. 35, (561) 568-569; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht I: Verbintenissen uit meerzijdige en eenzijdige rechtshandelingen*, Leuven, Acco, 1998, 94-97; R. ZIMMERMAN en S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 37-39

²²⁸ Y. DERAÏNS *et al.*, *Het contract in wording*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 60-61; O. TENE, *Good faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*, onuitg., working paper Management New York University, 10-12.

²²⁹ Arrest Baris-Riezenkamp, *NJ* 1958, 67

onderhandeling te treden met elkaar, zij tot elkaar komen te staan in een bijzondere door de goede trouw beheerste rechtsverhouding. In 1966 verliet het Nederlands recht deze visie in een gelijkaardige zaak als in 1957²³⁰. Hier wordt met geen woord gerept over precontractuele goede trouw-plicht. In 1991²³¹ kwam men echter terug op deze zijsprong en keerde men terug naar het oorspronkelijk idee, namelijk dat men tijdens onderhandelingen in een rechtsverhouding staat die door redelijkheid en billijkheid wordt beheerst en veronderstelt dat men zijn gedrag laat bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de tegenpartij²³².

In Frankrijk pakt men het iets anders aan. Daar gaat men niet zozeer uit van een precontractuele onderhandelingsplicht ter goeder trouw, maar neemt men eerder aan dat er een verbod bestaat om ter kwader trouw te onderhandelen. Onderhandelen ter kwader trouw betekent dan dat men onderhandelt of onderhandelingen beëindigt op een wijze die schade kan toebrengen aan de tegenpartij terwijl deze ervan uitging dat er een contract tot stand zou komen. De precontractuele aansprakelijkheid zal hier eerder gebaseerd zijn op een onrechtmatige daad dan op de schending van een contractuele verplichting. Men vertrekt zoals bijna ieder Civil law-land van de vrijheid om te contracteren. Men mag zonder problemen onderhandelen met derde partijen. Maar onderhandelingen afbreken zonder rechtvaardige reden, door misbruik of ter kwader trouw kan niet. Bijvoorbeeld onderhandelen met iemand om alleen te bekomen dat deze met niemand anders kan onderhandelen of om waardevolle informatie te verkrijgen van die persoon, is volgens het Franse recht onderhandelen ter kwader trouw en kan precontractuele aansprakelijkheid met zich meebrengen. Men baseert in Frankrijk de precontractuele aansprakelijkheid eerder op de onrechtmatige daad en artikel 1382 Code Civil. Men zal dus fout, schade en oorzakelijk verband moeten bewijzen²³³.

Het Belgisch contractenrecht heeft zijn inspiratie gehaald in Frankrijk. Het Belgisch recht gaat ervan uit dat partijen tijdens de precontractuele fase niet gebonden zijn. Zolang men onderhandelt, bestaat er geen juridische binding. Met andere woorden, het staat de partijen vrij om de onderhandelingen af te breken zonder verantwoording, zolang men geen misbruik maakt van zijn vrijheid tot contracteren of recht om onderhandelingen af te breken of afbreuk doet aan het vertrouwen van de

²³⁰ Arrest Booy-Wisman, *NJ* 1966, 183

²³¹ *NJ* 1991, 493

²³² H.J. DE KUIJVER, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 31; Y. DERAÏNS *et al.* *Het contract in wording*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 44-45+62-73.

²³³ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Brussel, Story-Scientia, 1999, 32-39; Y. DERAÏNS *et al.*, *Het contract in wording*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 57-58; O. TENE, *Good Faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*, onuitg., working paper Management New York University, 7-9.

wederpartij. Dit impliceert dat men tijdens de precontractuele fase wel degelijk gehouden is door een bijzondere zorgvuldigheidsplicht. De onderzoeks- en beslissingsbevoegdheid van partijen tijdens onderhandelingen moet ter goeder trouw worden uitgeoefend. Men is in principe niet gebonden, maar men mag echter niet onzorgvuldig handelen of misbruik maken van de tegenpartij. Men moet rekening houden met de belangen van de tegenpartij. Als men niet voldoet aan de vereisten van zorgvuldigheid en vertrouwelijkheid, kan men op basis van artikel 1382 BW, zijnde onrechtmatige daad, aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de tegenpartij door het onzorgvuldig handelen heeft geleden. De onrechtmatige daad bestaat dan niet zozeer uit het afbreken van de onderhandelingen, maar eerder uit het foutief, nalatig of opzettelijk beschamen van het vertrouwen dat bij de tegenpartij was gewekt²³⁴.

²³⁴ Y. DERAÏNS *et al.*, *Het contract in wording*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 61-62; M. STORME en H. BOCKEN, *Verbintenissenrecht*, Gent, Marcel Storme, 1984, 3-9; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht 1: Verbintenissen uit meerzijdige en eenzijdige rechtshandelingen*, Leuven, Acco, 1998, 94-95.

Hoofdstuk 6: Andere gebieden waar het vervagend onderscheid tot uiting komt

§1. Het EU-recht in beide stelsels

90. De rechtssystemen en landen van de Europese Unie groeien steeds meer naar elkaar toe. Soms is dat het resultaat van pogingen om het recht van landen te verenigen en te harmoniseren op mondiaal vlak. Soms is de convergentie het gevolg van de toenemende invloed van de bescherming van de mensenrechten. Het nader naar elkaar toegroeien van de Europese staten is hoofdzakelijk toe te schrijven aan de Europese Unie en het Europees recht. De Europese Unie heeft een vrije en gemeenschappelijk markt gecreëerd. De normeringsinstrumenten waarover de EU-instellingen beschikken, zijn verordeningen, richtlijnen, beschikkingen, aanbevelingen en adviezen²³⁵.

91. Verordeningen en richtlijnen hebben het meeste impact op het nationaal recht van de lidstaten. Een verordening heeft volgens art. 249 EG-Verdrag een algemene strekking, is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. De algemene strekking van een verordening betekent dat zij niet geïndividualiseerd is naar concrete situaties of personen toe. Ze is immers op een reeks van objectief omschreven omstandigheden van toepassing. Bovendien brengt ze rechtsgevolgen mee voor algemene, abstract omschreven categorieën van personen. Dit kenmerk van een verordening onderscheidt haar van een beschikking. Deze laatste is immers bestemd voor een bepaalde groep personen. Haar draagwijdte is eerder beperkt. Het feit dat een verordening verbindend is in al haar onderdelen, houdt dan weer in dat ze erop gericht is om een gegeven situatie aan een allesomvattende en precieze regeling te onderwerpen. Men maakt verordeningen daarom zeer gedetailleerd zodat de situatie die eronder valt op een duidelijke en vergaande manier wordt geregeld. Ten slotte is een verordening rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat van de EU. Dit betekent voor de lidstaten dat zij geen wetgevende initiatieven meer moeten ondernemen om de verordening in nationaal recht om te zetten en wordt ook wel directe werking genoemd. Het Europees recht is immers de hoogste norm in de interne rechtsorde van de lidstaten. Men acht het zelfs ontoelaatbaar dat een verordening in nationaal recht wordt omgezet. Dit zou immers aanleiding kunnen geven tot misverstanden omtrent het rechtskarakter en inwerkingtreding. Maatregelen om de verordening ter uitvoering te brengen moeten zij wel nemen, daar zijn de lidstaten zelfs toe verplicht. Bovendien kunnen particulieren zich op om het even welke verordening beroepen om het nationaal recht dat ermee in strijd is aan te vechten. Een verordening is immers de hoogste norm in

²³⁵ Zie art. 249 EG-Verdrag

de nationale rechtsorde en de nationale wetgeving moet daar dan ook mee in overeenstemming zijn²³⁶.

Een richtlijn is een ander instrument van de Europese instellingen. Artikel 249 EG-Verdrag stelt dat een richtlijn verbindend is voor de lidstaten waarvoor ze bestemd is wat betreft het te bereiken resultaat, maar de nationale instanties krijgen de bevoegdheid om vorm en middelen te bepalen om dat resultaat te bereiken. Een richtlijn kan tot alle lidstaten gericht zijn, tot enkele of zelfs tot één lidstaat. Het is immers het instrument bij uitstek om een communautaire regeling in te voeren die voor haar toepassing een wijziging of aanvulling van de bestaande nationale voorschriften vereist. Het grootste verschil tussen een richtlijn en een verordening is de directe werking. Zoals reeds gesteld, heeft een verordening directe werking en is zij dus zonder omzetting of wetgevende initiatieven van de lidstaten in de lidstaten toepasselijk als wetgeving. Een richtlijn daarentegen vereist wel omzetting en is niet rechtstreeks toepasselijk. Zij zal maar haar volwaardige normatieve status bereiken als zij omgezet is in het nationaal recht van de lidstaten tot wie ze gericht is. Doorgaans voorziet de richtlijn een termijn waarbinnen ze omgezet en in werking getreden moet zijn. Ze legt eigenlijk een soort resultaatsverbintenis op aan de lidstaten, die aan het einde van de voorziene termijn moet zijn nagekomen. Lidstaten kunnen zich echter niet beroepen op interne problemen of constitutionele of andere bepalingen om de richtlijn niet of laattijdig om te zetten. De lidstaten nemen immers deel aan het besluitvormingsproces in de EU en aan de voorbereidingen van richtlijnen, zodat er dan ook van hen verwacht wordt dat ze in staat zijn de nodige maatregelen ter omzetting te nemen. Er rust geen verplichting op de lidstaten om voor het verstrijken van de termijn omzettingsmaatregelen te nemen. Zolang de richtlijn tegen de deadline omgezet is, is alles in orde. Maar men mag echter wel geen maatregelen nemen die de omzetting zouden verhinderen of het resultaat van de richtlijn ernstig in gevaar zouden brengen. Artikel 10 EG-Verdrag schrijft dit voor. Bij een richtlijn die niet of niet correct is omgezet, is het toch mogelijk dat men zich als particulier beroept op de bepalingen van de richtlijn. Hiervoor moeten drie voorwaarden vervuld zijn: (a) de richtlijn voldoet aan de inhoudelijke voorwaarden om rechtstreekse werking te bezitten, de inhoudelijke voorwaarden zijn dat de richtlijn duidelijk, onvoorwaardelijk en onafhankelijk van

²³⁶ C. BAKKER, *Europees recht: een inleiding*, Amsterdam, Pearson education, 2007, 47-48; R. BARENTS en L.J. BRINKHORST, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2006, 183-185; D. CHALMERS en A. TOMKINS, *European Union public law: text and materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 132-133; P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *EU law: text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 83-84; B. DE WITTE en C. FORDER, *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, 7-11; J. DUJARDIN en J. VANDE LANOTTE, *Inleiding tot het publiek recht 1: Basisbegrippen Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2004, 355-357; P.J.G. KAPTEYN, P. THEMAAT VAN VERLOREN en R. BARENTS, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003, 235-237; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 673-689; D. STERCKX *et al.*, *Zo werkt Europa*, Kortrijk, UGA, 2007, 65-67.

discretionaire uitvoeringsmaatregelen moet zijn; (b) de omzettingstermijn moet verstreken zijn en (c) de particulier moet de richtlijn inroepen tegen een overheidsorgaan. Als aan deze voorwaarden voldaan is, kan een particulier persoon zich op de bepalingen van die richtlijn beroepen om recht te krijgen²³⁷.

92. Aangezien Engeland, België, Nederland, Frankrijk en Duitsland lid zijn van de Europese Unie, zal hun wetgeving steeds meer gelijk beginnen lopen. Algemeen zal het recht van alle lidstaten van de Unie meer gelijk worden. De verordeningen en richtlijnen van de EU zijn immers van toepassing in alle lidstaten en stellen voor alle lidstaten dezelfde bepalingen vast. Alleen al door lid te zijn van de EU komt het recht van Common law en Civil law in Europa steeds dichterbij elkaar toe. De Europese Unie heeft immers reeds een zeer actieve rol gespeeld op het vlak van handelsrecht en vennootschapsrecht, strafrecht en administratief recht. Bovendien stijgt de invloed op het privaatrecht zienderogen. Denk maar aan de poging om een Europees Burgerlijk Wetboek tot stand te brengen. Ook de uiteenzetting over de Europese richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten heeft uitgewezen dat de invloed van de EU eigenlijk zeer unificerend is. Men mag in deze stelling echter niet al te overmoedig zijn. In theorie lijkt het recht van de lidstaten goed op elkaar omdat ze allemaal verplicht zijn het Europees recht te implementeren. Maar ook al is theoretisch de wetgeving gelijkaardig, de toepassing en interpretatie ervan is daarom nog niet dezelfde. Elk land heeft zijn eigen methodes en tradities en zal dan ook het Europees recht volgens die tradities verwerken. Zo behoudt het recht van de verschillende lidstaten toch nog altijd zijn eigenheid en zijn de verschillen onderling toch nog redelijk frappant. Maar ook hier mag men niet al te ver gaan. Het Europees recht heeft toch een bepaalde invloed en deze werkt zeker unificerend. Denk maar aan de besproken Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Oorspronkelijk bestond een algemene goede trouw-theorie niet in het Engels contractenrecht. De richtlijn heeft het ingevoerd in consumentencontracten. Men staat in Engeland wat goede trouw betreft nog lang niet zo ver als op

²³⁷ C. BAKKER, *Europees recht: een inleiding*, Amsterdam, Pearson education, 2007, 47-50; R. BARENTS en L.J. BRINKHORST, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2006, 186-197; D. CHALMERS en A. TOMKINS, *European Union public law: text and materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 132-133; P. CRAIG en G. DE BURCA, *EU law: text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, 85; B. DE WITTE en C. FORDER, *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, 7-11; P.J.G. KAPTEYN *et al.*, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003, 237-242; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 673-689; D. STERCKX *et al.*, *Zo werkt Europa*, Kortrijk, UGA, 2007, 65-67.

het Europese continent, maar het heeft toch de figuurlijke Engelse ogen geopend en men staat er nu al veel receptiever en meer open tegenover dan vroeger het geval was²³⁸.

§2. Gemengde stelsels: Schotland

93. Een gemengd rechtssysteem, of in Engelse bewoordingen 'mixed legal system', is een rechtstelsel waarvan het recht afgeleid is uit meer dan één rechtstraditie of familie. Dermate grote stelsels als Common law en Civil law hebben over de hele wereld hun sporen nagelaten. Door de kolonisaties vermengden Civil law en Common law zich in verschillende landen met elkaar en met andere rechtstradities. Het Chinese recht bestaat bijvoorbeeld uit een mengeling van Civil law en Socialistisch recht²³⁹. Pakistan en Nigeria hebben een hoofdzakelijk Common law-systeem, maar daarin zit religieus recht geïncorporeerd²⁴⁰. Het rechtssysteem van Quebec kent een mengeling van Civil law en Common law. Hét voorbeeld bij uitstek van een gemengd Common law – Civil law – rechtssysteem in Europa is Schotland²⁴¹.

94. Een Civil law-kenmerk van het Schotse recht is dat het land het Romeins recht heeft overgenomen, maar het werd er niet behouden door op te nemen in een wetboek, in tegenstelling tot het continent waar het Romeins recht precies gerecepteerd werd in hun wetboeken. Schotland is één van de voorbeelden van ongecodificeerd privaatrecht.

De geschiedenis van het Schots recht kan opgedeeld worden in vier periodes:

- De feodale periode vanaf circa 1018 tot circa 1328
- De donkere periode, die liep tot 1532
- De romeinse periode, van 1532 tot de Napoleontische oorlogen
- De moderne periode van circa 1800 tot nu

De feodale periode is het era van de Engelsen in Schotland. In 1292 werd Schotland door Engeland veroverd, maar het land slaagde er snel in zijn onafhankelijkheid terug te winnen. Dit deed het door een bondgenootschap te sluiten met Frankrijk. Schotland behield die onafhankelijkheid van Engeland tot in de 18^{de} eeuw. Wat het meeste invloed heeft gehad op het Schots recht, was de invoering van

²³⁸ K.P. BERGER, "Harmonisation of European contract law: the influence of comparative law", I.C.L.Q. 2001, afl. 50, (877) 881; B. DE WITTE en C. FORDER, *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, 7-11; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 673-689.

²³⁹ Zie [http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_\(legal_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_(legal_system)) (consultatie 23 april 2008).

²⁴⁰ Zie http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_systems_of_the_world (consultatie 23 april 2008).

²⁴¹ W. TETLEY, "Mixed Jurisdictions: Common law vs. Civil law (Codified and Uncodified)", La. L. Rev. 2000, afl. 60, (677) 682; Zie [http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_\(legal_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_(legal_system)) (consultatie 23 april 2008); Zie http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_systems_of_the_world (consultatie 23 april 2008).

het Engelse feodaal systeem. Dit systeem heeft zelfs een zodanig ingrijpende rol gespeeld dat het de dag van vandaag nog steeds de basis is van het Schotse eigendomsstelsel²⁴².

De donkere periode stond in het teken van de bondgenootschap met Frankrijk. Hierdoor nam Schotland veel over van Frankrijk, zoals het gebruik van bepaalde instellingen. Ook werden de Schotse juristen opgeleid in Frankrijk. Het is ook tijdens deze periode dat in Engeland de grote veranderingen plaatsvonden, nl. het tot stand komen van common law en equity en de gecentraliseerde rechterlijke rechtsbedeling. Dit alles ging aan Schotland voorbij en het ontwikkelde zich als een echt Civil law-land²⁴³.

Zoals de naam doet vermoeden, werd Schotland overspoeld met Romeins recht in de Romeinse periode. De Renaissance en de heropleving van de studie van het Romeins recht op het continent had ook zijn invloed in Schotland. Door de alliantie met Frankrijk en het opleiden van Schotse juristen in Frankrijk, baande het Romeins recht zich ook een weg naar Schotland. Men incorporeerde het Romeins recht in hun eigen stelsel. Zo kende men ook de *summa divisio* publiekrecht – privaatrecht. Naar het einde van deze periode toe nam de invloed van het Romeins recht en het continent af, men had zelf een uitgebouwd rechtssysteem en de nood om te kijken naar wat men op het continent deed, was niet meer zo groot. In 1707 werd Schotland met Engeland verenigd. Dit had onvermijdelijk tot gevolg dat steeds meer Common law-elementen doordrongen in het Schotse recht. Het Engelse Parlement werd zodoende ook de wetgever van Schotland²⁴⁴.

De moderne periode kenmerkt zich door de overrompeling van Schotland door Common law. De wetgeving werd identiek aan die van Engeland en de precedentenleer werd aanvaard. De invloed van Common law wordt steeds groter²⁴⁵.

Desalniettemin zijn bepaalde Civil law-principes sterk ingeworteld in het Schotse recht, in het privaatrecht, in de gebruikte terminologieën en in de inhoud van het recht, evenals in de deductieve redenering van algemene principes naar specifieke toepassingen. Toch moet er opgemerkt worden dat het gevaar bestaat dat het Civil law van Schotland overrompeld zal worden door Common law.

²⁴² F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 201-202; W. TETLEY, “Mixed Jurisdictions: Common law vs. Civil law (Codified and Uncodified)”, *La. L. Rev.* 2000, afl. 60, (677) 686-689; D.M. WALKER, *The Scottish legal system: an introduction to the study of Scots law*, London, Sweet and Maxwell, 1997, 79-156.

²⁴³ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 201-202; W. TETLEY, “Mixed Jurisdictions: Common law vs. Civil law (Codified and Uncodified)”, *La. L. Rev.* 2000, afl. 60, (677) 686-689; D.M. WALKER, *The Scottish legal system: an introduction to the study of Scots law*, London, Sweet and Maxwell, 1997, 79-156.

²⁴⁴ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 201-202; W. TETLEY, “Mixed Jurisdictions: Common law vs. Civil law (Codified and Uncodified)”, *La. L. Rev.* 2000, afl. 60, (677) 686-689; D.M. WALKER, *The Scottish legal system: an introduction to the study of Scots law*, London, Sweet and Maxwell, 1997, 79-156.

²⁴⁵ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 201-202; W. TETLEY, “Mixed Jurisdictions: Common law vs. Civil law (Codified and Uncodified)”, *La. L. Rev.* 2000, afl. 60, (677) 686-689; D.M. WALKER, *The Scottish legal system: an introduction to the study of Scots law*, London, Sweet and Maxwell, 1997, 79-156.

De receptie van Common law is immers een voortdurend proces en het blijft een zeer sterke invloed uitoefenen op het Schotse recht. Vandaag de dag is dit echter nog niet het geval. Schotland is nog steeds een gemengd rechtstelsel met eigenschappen van de twee grootste rechtstradities ter wereld, Common law en Civil law²⁴⁶.

²⁴⁶ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 201-202; W. TETLEY, "Mixed Jurisdictions: Common law vs. Civil law (Codified and Uncodified)", *La. L. Rev.* 2000, afl. 60, (677) 686-689; D.M. WALKER, *The Scottish legal system: an introduction to the study of Scots law*, London, Sweet and Maxwell, 1997, 79-156.

Hoofdstuk 7 – Grootste gelijkenissen en verschillen tussen Common law en Civil law: vroeger en nu

Afdeling 1: Overeenkomsten

95. De meest prominente gelijkenis tussen Common law en Civil law is de onderliggende maatschappelijke context. Het is overduidelijk dat de economische, politieke en filosofische grondslag van beide stelsels dezelfde zijn. Zowel Common law als Civil law kennen politiek gezien een pluralistische democratie. In dergelijk systeem komen verschillende politieke partijen tegen elkaar op en dingen naar de macht. Via stemming kiezen de burgers van het land wie hen in de verschillende instanties mag vertegenwoordigen. Wat economie betreft, kan men vaststellen dat beide stelsels met een vrije markteconomie werken. Deze laatste is een economisch apparaat dat gebaseerd is op het principe van de vrije mededinging. Men moet vrij kunnen optreden op de markt en de concurrentie mag op geen enkele manier verhinderd worden. De filosofische grondslag is gegrondvest op pluralisme en onvervreembare mensenrechten. Men gaat er van uit dat ieder zijn eigen overtuigingen mag hebben en dat men omwille van zijn overtuigingen niet mag worden gediscrimineerd. Aan de burgers worden bepaalde grondrechten toegekend die op geen enkele wijze door iemand mogen worden geschonden. Zo kunnen uit de vele grondrechten bijvoorbeeld het recht op vrije meningsuiting en het recht op privé-leven genoemd worden²⁴⁷.

96. Een volgende overeenkomst tussen de twee rechtstradities sluit aan bij de vorige en kan men vinden in het lidmaatschap van de Europese Unie. De landen die hier onder de loep worden genomen, zijn allemaal lid van de EU. Dit zorgt ervoor dat ze op verschillende vlakken op dezelfde golflengte zitten. Er werd reeds dieper op dit onderwerp ingegaan, maar hier kan nog eens opgemerkt worden dat de economische en wetgevende structuur van deze landen gelijkaardig is door het simpele feit dat ze deel uitmaken van de grote Europese familie. De EU is immers gefundeerd op het vrije marktpincipe en op het vrij verkeer tussen de lidstaten. De economische grondslag wordt van hogerop vastgelegd en zo zijn de economische principes van het Europese continent en Engeland gelijklopend. Bovendien vaardigen de Europese instellingen rechtsregels uit die rechtstreeks bindend zijn voor alle lidstaten (verordeningen) of die op termijn door de lidstaten moeten worden gevolgd (richtlijnen). Deze rechtsinstrumenten van de Europese Unie zorgen ervoor dat hetzelfde recht in het systeem van de lidstaten van de Unie terechtkomt. Dit resulteert in gelijklopende regelgeving op verschillende gebieden²⁴⁸.

²⁴⁷ F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 196.

²⁴⁸ K.P. BERGER, "Harmonisation of European contract law: the influence of comparative law", I.C.L.Q. 2001, afl. 50, (877) 881; B. DE WITTE en C. FORDER, *The Common law of Europe and the future of legal education*,

97. De rol van de rechtsbronnen ziet men vaak als het grootste verschil tussen Common law en Civil law, maar niets is minder waar. Historisch gezien is het effectief zo dat in Common law-stelsels rechtspraak de hoogste rechtsbron is en in Civil law-landen de wetgeving aan de top staat. Maar de laatste decennia is de wetgeving in Common law zeer sterk toegenomen en kreeg de rechtspraak in Civil law een invloed van formaat. In Common law ziet men de dag van vandaag de tendens om steeds meer rechtstakken en problematische gebieden via wetgeving te regelen. De rechtspraak heeft nog steeds een doorslaggevende en prominente plaats, maar wetgeving steeg zodanig in belang dat het ook in Common law de hoogste en voornaamste rechtsbron is geworden. Net zoals in de Civil law-stelsels staat ook daar de wetgeving op nummer één. Een mooi voorbeeld daarvan vinden we bij de House of Lords. Deze achtte zich tot 1966 gebonden door zijn eigen uitspraken. In dat jaar stapte men daarvan af met een verklaring van de Lord Chancellor. Dit toont aan dat men open staat voor een andere manier van werken en dat men zich niet meer zo gebonden acht door de rechtspraak. De wetgeving krijgt van verschillende kanten bijval en vindt zo zijn weg naar de top van de piramide. In Civil law daarentegen nam men traditioneel aan dat de rechtspraak geen echte rechtsbron is. Dit klopt in die zin dat men in Civil law-landen afkerig staat tegenover precedentenwerking, maar dat neemt niet weg dat rechtspraak toch zijn steentje bijdraagt. Op het moment dat wetgeving in Common law in belang steeg, deed de rechtspraak in Civil law dezelfde opmars. Men neemt immers aan, zowel in Common law als in Civil law, dat het recht toepassen automatisch ook impliceert dat men recht creëert. Dit volgt uit het simpele feit dat rechters de abstracte regels uit de wetboeken moeten toepassen op concrete gevallen. Hierbij moet de rechter overwegen of een bepaalde rechtsregel wel kan worden toegepast op de feiten van de zaak en of de rechtsregels niet aangevuld, geïnterpreteerd of bijgestuurd moeten worden. Zodoende helpt de rechter bij het creëren en ontwikkelen van het recht. Men heeft vandaag nog steeds geen werkbaar precedentensysteem, maar de rechtspraak regelt bepaalde gebieden van het recht helemaal alleen, vult de wetgeving op uitstekende wijze aan en beschikt over een zeer grote morele invloed. Stellen dat Common law rechtersrecht is en Civil law wettenrecht, zou te ver gaan. Het onderscheid tussen wettenrecht en rechtersrecht is historisch van belang geweest omdat het verklaarde waarin Common law en Civil law verschilden, maar die redenering gaat vandaag de dag niet meer op. In die zin zijn beide stelsels al in aanzienlijke mate naar elkaar toe gegroeid²⁴⁹.

Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, 7-11; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 673-689.

²⁴⁹ J.P. DUNAND en B. WINIGER, *Le Code civil français dans le droit européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 221-223; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 197; A.S. HARTKAMP *et al.*, *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, 300-302; K. ZWIEGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 261-262.

Afdeling 2: Verschillen

98. Zoals hiervoor gesteld, verschillen Common law en Civil law niet meer zoveel in rechtsbronnen en hun hiërarchie. De tegenstelling rechtersrecht – wettenrecht heeft een historische lading, maar gaat vandaag de dag niet meer volledig op. De praktische verschillen tussen Common law en Civil law zijn miniem. Deze tegenstelling heeft toch nog zijn belang, want het maakt toch een verschil tussen Common law en Civil law zichtbaar. Deze tegenstelling brengt het verschil in juridisch denken en redeneren naar voor. Ook al evolueren de rechtsbronnen in gelijke richting, toch redeneert men nog op een zeer verschillende manier. Common law verkiest ook vandaag nog om zich van case tot case te ontwikkelen en gebruikt daarbij precedents als grondslagen voor hun zaken. Zij vormen hun recht vanuit concrete gevallen en halen daar algemene beginselen uit. Deze algemene rechtsregels blijven daarbij redelijk sterk verbonden met de feitelijke omstandigheden van de zaak. De precedents voorzien in een oplossing voor een concreet feitelijk geval en door de toepassing van dezelfde oplossing op andere gelijkaardige zaken ontstaat een werkbaar rechtssysteem. In Common law redeneert men inductief. Op het continent daarentegen creëert men algemene, abstracte rechtsregels die op alle mogelijke gevallen in de praktijk zouden kunnen worden toegepast. Men past die algemene regels toe op de concrete gevallen, men vertrekt van algemeen en komt uit bij concrete toepassing. Dit deductief redeneren is typisch voor Civil law. Ondanks het stijgend belang van wetgeving in Common law en van rechtspraak in Civil law is de manier van redeneren toch dezelfde gebleven. Kort gezegd, de Common law-jurist redeneert vanuit het precedent, de Civil law-jurist redeneert vanuit vastgelegde principes²⁵⁰.

99. Dezelfde tegenstelling doet nog een verschil aan de oppervlakte komen. De rol van de rechter varieert sterk in beide stelsels. In Common law aanziet men de rechter als de maker van het recht. De rechter past een precedent, ontwikkeld door een andere rechter, toe. Het precedent is er het recht. Het is dan ook aan de rechter om te beslissen of een bepaald precedent moet worden toegepast of niet. Als de rechter van oordeel is dat er andere feiten voorliggen, kan hij zonder problemen afwijken van het precedent en nieuw recht maken. De Civil law-traditie bekijkt de rechter vanuit een heel andere hoek. Men ziet de rechter als ambtenaar van de staat. In die functie moeten de rechters alleen de rechtsregels die voorzien zijn, zonder meer toepassen. Men gaat ervan uit dat er maar één oplossing is voor een bepaald juridisch probleem en die oplossing bevindt zich in de codes en de

²⁵⁰ K.P. BERGER, “Harmonisation of European contract law: the influence of comparative law”, I.C.L.Q. 2001, afl. 50, (877) 881-882; J.P. DUNAND en B. WINIGER, *Le Code civil français dans le droit européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 220-223; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 197-198; J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 25; K. ZWIEGERT *et al.*, *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, 263-264.

wetgeving. Deze codes en wetgeving worden door de wetgevende organen gemaakt en het is de enige taak van de rechter om deze uit te voeren. De rechters zijn hier geen makers van het recht, zij zijn de uitvoerders van het recht. Deze stelling moet in de hedendaagse visie wel genuanceerd worden. In Common law neemt de wetgeving aan belang toe en wordt ze uitsluitend door het parlement gecreëerd. Civil law hecht meer belang aan de mening van de rechters en verschillende gebieden van het recht worden door de rechtspraak geregeld²⁵¹.

100. Vervolgens zorgt de rechtsleer ook voor een verschil tussen de twee rechtstradities. In Civil law neemt de rechtsleer van oudsher een belangrijke plaats in. Het is de rechtsleer die verantwoordelijk is voor de renaissance van het Romeins recht. Bovendien was het een grote inspiratiebron in de codificatiebeweging en voorzag het de rechters van interpretatiemethodes voor de wetgeving. De rechtsleer is in Civil law een wetenschap. Het wordt aan universiteiten gedoceerd en bestudeerd. Bovendien krijgen rechtsgeleerden er heel veel aandacht. De studenten uit Civil law-systemen leren eerder de namen van auteurs kennen dan de namen van rechters. Men verbindt de rechterlijke uitspraken met de rechtbanken, niet met de rechters van die rechtbanken. Common law vat de rechtsleer op een heel andere manier op. Men acht de invloed ervan in Common law bijna verwaarloosbaar. Het recht werd er gemaakt door de rechters en zij kregen hun opleiding in de praktijk. Heden ten dage is het recht er nog steeds zeer praktisch ingesteld. Men krijgt zijn opleiding wel aan een universiteit, maar de hoofdmoot van zijn juridische vorming krijgt men nog steeds in de praktijk. In Common law staan de rechters in hoger aanzien dan rechtsgeleerde auteurs. In tegenstelling tot Civil law, zal men in Common law minstens even vertrouwd zijn met de namen van rechters als met de namen van rechtsgeleerde auteurs. Men neemt traditioneel nog steeds aan dat de rechters het recht maken en dat de academici het lezen, interpreteren en toegankelijker maken. In de huidige optiek mag dit verschil opnieuw niet te strikt aangenomen worden. In Civil law volgt de rechtspraak niet blindelings de rechtsleer en kent men wel degelijk meer dan vroeger de rechterlijke opinies. In Common law laten rechters zich meer leiden door de academici dan ze willen toegeven. Ook hier zien we dat de rechtstradities elementen van elkaar overnemen, maar toch vormt hun houding ten opzichte van de rechtsleer een duidelijk onderscheid tussen beide²⁵².

²⁵¹ K.P. BERGER, "Harmonisation of European contract law : the influence of comparative law", I.C.L.Q. 2001, afl. 50, (877) 881-882; J.P. DUNAND en B. WINIGER, *Le Code civil français dans le droit européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 221-223; http://encarta.msn.com/text_761565815_0/Civil_Law.html (consultatie 26 februari 2009).

²⁵² J.P. DUNAND en B. WINIGER, *Le Code civil français dans le droit européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 219-220; F. GORLÉ *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 198; J.G. SAUVEPLANNE, *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 26.

101. Ten slotte bestaat er een historisch verschil tussen Common law en Civil law, namelijk de invloed van het Romeins recht. Zoals de historische introductie al uitwees, werd het Europese continent overspoeld door het Corpus Iuris Civilis van Justinianus. Civil law is er hoofdzakelijk op gebaseerd en is ervan doordrongen. Voor Common law daarentegen bleef het Romeins recht een vreemde. Common law ontwikkelde zich vanaf 1066 met als voornaamste basis het gewoonterecht dat door de rechtbanken werd toegepast. Ook wanneer men geschreven recht had, bleef men die rechtspraak en gewoonten toepassen. Op het moment dat het Romeins recht herrees, had men in de bakermat van Common law, Engeland, een ééngemaakt en meer dan solide rechtssysteem. Men had geen nood aan een vreemd recht om hun eigen recht te creëren. De invloed van het Romeins recht beperkt zich dan ook hoofdzakelijk tot het Europese continent. Dit historisch verschil tussen deze stelsels heeft vandaag nog steeds zijn nasleep. Men kan er de oorzaak in vinden voor het verschil in rechtsbronnen, het verschil in de hiërarchie van de rechtsbronnen en het verschil in juridisch denken²⁵³.

²⁵³ A.T. VON MEHREN en J.R. GORDLEY, *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, 3; [http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_\(legal_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_(legal_system)) (consultatie 23 april 2008)

Conclusie

Common law en Civil law verschillen nog steeds van elkaar, zoveel is duidelijk. Na deze uitvoerige uiteenzetting van beide stelsels is het echter zeer flagrant dat het onderscheid wel degelijk vervaagt. De grootste tegenstelling tussen beide rechtstradities bevindt zich in de rechtsbronnen. Algemeen wordt aangenomen dat de voornaamste rechtsbron van Common law rechtspraak is en de voornaamste rechtsbron van Civil law de wetgeving is. Het kan echter niet ontkend worden dat beide stelsels op het vlak van rechtsbronnen absoluut niet meer zo sterk van elkaar verschillen. De wetgeving heeft zijn plaats in Common law opgeëist en is nu zelfs de hoogste rechtsbron van Common law. Wat Civil law betreft, is het zeer duidelijk dat rechtspraak hoe langer hoe meer aan belang wint.

Natuurlijk mag men niet te ver gaan en stellen dat er zich een volledige ommekeer heeft voorgedaan in het rechtsdenken. In beide stelsels overheerst nog steeds de eigen manier van redeneren en recht maken. Common law is nog steeds hoofdzakelijk op de praktijk gericht en draagt rechtspraak hoog in het vaandel. Civil law is nog steeds overtuigd van de theorie en focust het meest op de wetgeving. Dit principe moet men voor ogen blijven houden. Maar dat in overweging genomen, worden de verschillen toch kleiner. Civil law hecht langzaam aan meer belang aan de praktijk en de rechtspraak, terwijl Common law steeds meer zijn heil zoekt in wetgeving. De bestudeerde onderwerpen hebben heel duidelijk aangetoond dat beide stelsels een positieve invloed op elkaar hebben of toch kunnen hebben. Zo toont de studie van goede trouw aan dat Engeland onder invloed van Civil law geleidelijk aan evolueert naar een aanvaarding van een algemene goede trouw-theorie. Ook het Europees recht heeft zijn invloed op de toenadering van beide stelsels tot elkaar. De theoretische basis van de lidstaten loopt immers steeds meer gelijk door het Europees optreden. De praktische kant zal daar ongetwijfeld ook de invloed van voelen. Schotland heeft daarnaast aangetoond dat het perfect mogelijk is om Common law en Civil law met elkaar te combineren. Beide stelsels leven er samen in harmonie binnen het recht van één land. Het is een mooi voorbeeld van de mogelijkheid tot samenwerking tussen beide stelsels.

Wanneer de grootste gelijkenissen en verschillen opgesomd en naast elkaar gelegd worden, is het toch zeer frappant dat er eigenlijk geen sprake meer is van zeer grote verschillen. De verschillen die er zijn, zijn ofwel historisch bepaald en zullen dan ook nooit veranderen, ofwel zijn ze al zodanig miniem geworden dat ze hoogstwaarschijnlijk zullen verdwijnen. Denk maar aan de rechtsleer. Nu is dat nog een verschil tussen beide stelsels, maar door de stijging van aandacht en populariteit van de universiteiten, zal de rechtsleer in de toekomst ongetwijfeld een prominere plaats innemen in

Common law. Dit verschil met Civil law zal dan nog meer vervagen en zelfs verdwijnen. Ook de rol van de rechter is vandaag nog een frappant verschil, maar in de toekomst zal ook dat waarschijnlijk beetje bij beetje wegebben. Civil law besteedt immers steeds meer aandacht aan de rol van de rechters en geeft ze een belangrijkere plaats in de rechtsontwikkeling. Bovendien betreffen de overeenkomsten meer en meer gewichtige aspecten, terwijl de verschillen eerder over verwaarloosbare of futiele aspecten gaat.

Common law en Civil law groeien ongetwijfeld naar elkaar toe. Ze zullen weliswaar nooit tot één traditie versmelten. Ze hebben nog steeds hun eigen kenmerken en ze zullen immers niet alles waar ze voor staan verloochenen. Maar zonder twijfel zullen de verschillen nog kleiner worden en zullen ze nog dichter naar elkaar toegroeien. De trend is gezet. Common law en Civil law in Europa: het onderscheid vervaagt wel degelijk!

Bibliografie

1. Wetgeving

Art. 10 EG-Verdrag

Art. 249 EG-Verdrag

Art. 1382 BW

Art. 1374 en 1375 oud NBW

Art. 6:2 en 6:248 NNBW

Art. 1134 *Code Civil*

Art. 1382 *Code Civil*

Art. 242 BGB

Consumer Credit Act 1974

Unfair Contract Terms Act 1977

Interpretation Act 1978

Sale of Goods Act 1979

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994

Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

2. Rechtspraak

Astley v Reynolds (1731) 2 Str. 915

Hutton v Warren (1836) 1 M & W 466

R. v Harris (1836)

Skeate v Beale (1841) 9 L.J. Q.B. 233

Williams v Bayley (1866) L.R. 1 H.L. 200

Flower v Sadler (1882) 10 Q.B.D. 572

Allcard v Skinner (1887) 36 Ch. D. 145

The Moorcock [1889] 14 P.D. 64

Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd. [1944] K.B. 718 C.A.

Arrest Baris-Riezenkamp, NJ 1958, 67

Arrest Booy-Wisman, NJ 1966, 183

Barton v Armstrong [1976] A.C. 104

Occidental Worldwide Investment Corp v Skibs A/S Avanti [1976] 1 Lloyd's Rep 293

Pao On v Lau Yiu Long [1980] A.C. 614

Universe Tankships Inc of Monrovia v International Transport Workers Federation [1983] 1 A.C. 366

National Westminster Bank Plc v Morgan [1985] A.C. 686

Bank of Credit and Commerce International v Abouy [1989] 1 Q.B. 923

Interfoto Picture Library Ltd. v Stiletto Visual Programmes Ltd. [1989] Q.B. 433

Arrest NJ 1991, 493

Johnstone v Bloomsbury Area Health Authority [1992] Q.B. 333

Director General of Fair Trading v First National Bank plc [2001] UKHL 52

Royal Bank of Scotland v Etridge [2002] 2 A.C. 773

3. Rechtsleer

APPLEBEY, G., *Contract law*, London, Sweet and Maxwell, 2001, LIV+499 p.

ATYAH, P.S. en SUMMERS, R.S., *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1996, XX+437 p.

BAILEY, S.H., CHING, J., GUNN, J. en ORMEROD, D., *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, CXXXV+1387 p.

BAKKER, C., *Europees recht: een inleiding*, Amsterdam, Pearson Education, 2007, XII+202 p.

BARENTS, R. en BRINKHORST, L.J., *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2006, 646 p.

BEALE, H.G., BISHOP, W.D. en FURMSTON, M.P., *Contract: cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, LIX+1269 p.

BEATSON, J. en FRIEDMANN, D., *Good faith and fault in contract law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, XLVII+531 p.

BELL, J., BOYRON, S. en WHITTAKER, S., *Principles of French law*, New York, Oxford University Press, 2008, IXV+543 p.

BLOEMBERGEN, A.R., VAN DAM, C.C., HIJMA, J. en VALK, W.L., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 200, XXX+407 p.

BOCKEN, H. en DE BONDT, W., *Introduction to Belgian law*, Den Haag, Kluwer law international, 2001, XXXIV+464 p.

BOON, A. en WEBB, J., "Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?", J. Legal Educ. 2008, afl. 58, 79-121.

BOURGEOIS, G., *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1995, XII+203 p.

BRISTOW, D.I. en R. SETH, "Good faith in negotiations", Disp. Resol. J. 2000-2001, afl. 55, 16-22.

BROWNSWORD, R., HIRD, N.J. en HOWELLS, G., *Good Faith in Contract: concept and context*, Aldershot, Ashgate, 1999, VIII+326 p.

BURROWS, A., *A casebook on contract*, Portland, Hart Publishing, 2007, LII+801 p.

BURROWS, A., *English private law*, New York, Oxford University Press, 2007, CCXLV+1848 p.

CARTWRIGHT, J., *Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, XXXV+299 p.

CHALMERS, D. en TOMKINS, A., *European Union public law: text and materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, IX+501 p.

CHORUS, J.M.J., GERVER, P.H., HONDIUS, E. en KOEKKOEK, A., *Introduction to Dutch law*, Den Haag, Kluwer law international, 1999, XIV+574 p.

COIPEL, M., *Éléments de théorie générale des contracts*, Brussel, Story-Scientia, 1999, XXVII+205 p.

COLLINS, H., *The law of contract*, London, Lexis Nexis, 2003, XLVIII+441 p.

COWNIE, F. en BRADNEY, A., *English legal system in context*, London, Butterworths, 2000, XXV+362 p.

COWNIE, F., BRADNEY, A. en BURTON, M., *English legal system in context*, Oxford, Oxford University Press, 2005, XXIX+412 p.

CRAIG, P. en DE BÚRCA, G., *EU law: text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, CLIII+1148 p.

CROSS, R. en HARRIS, J.W., *Precedent in English law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, VIII+246 p.

DARBYSHERE, P., *Eddey on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 1992, XVII+216 p.

DARBYSHERE, P., *Darbyshire on the English legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2005, XLIII+594 p.

DAVID, R., *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Sources of law*, Tübingen, Mohr, 1984, 209 p.

DAVID-CONSTANT, S., *La bonne foi*, Liège, Jeune barreau, 1990, 458 p.

DE CRUZ, P., *Comparative law in a changing world*, London, Cavendish Publishing Limited, 1995, XIII+496 p.

DE KLUIVER, H.J., *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, XIV+446 p.

DERAINS, Y., GOFFIN, F., HANOTIAU, B. en DE MIDDELEER, M., *Het contract in wording*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1993, 234 p.

DE WITTE, B. en FORDER, C., *The Common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer law and taxation publ., 1992, XIV+764 p.

DUJARDIN, J. en VANDE LANOTTE, J., *Inleiding tot het publiek recht 1: Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2004, XXI+386 p.

DUNAND, J.P. en WINIGER, B., *Le Code civil français dans le droit européen*, Brussel, Bruylant, 2005, VIII+330 p.

ELLIOTT, C. en VERNON, C., *French legal system*, Harlow, Longman, 2000, XVI+259 p.

ENONCHONG, N., *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*, London, Sweet and Maxwell, 2004, XXXVII+590 p.

FORTE, A.D.M., *Good faith in contract and property law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, XXIV+211 p.

FURMSTON, M., NORISADA, T. en POOLE, J., *Contract formation and letters of intent: a comparative assessment*, Chichester, Wiley, 1997, XXXV+322 p.

FURMSTON, M.P., CHESHIRE, G.C. en FIFOOT, C.H.S., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract*, New York, Oxford University Press, 2007, LI+828 p.

GILLESPIE, A., *The English legal system*, New York, Oxford University Press, 2007, XXXVII+505 p.

GLENDON, M.A., GORDON, M.W. en CAROZZA, P.G., *Comparative legal traditions in a nutshell*, Saint Paul Minn., West Group, 1999, IX+344 p.

GLENDON, M.A., GORDON, M.W. en OSAKWE, C., *Comparative legal traditions : text, materials and cases on the civil and common law traditions, with special reference to French, German, English and European law*, Saint Paul (Conn.), West publishing co., 1994, XXI+772 p.

GORLÉ, F., BOURGEOIS, G., BOCKEN, H., REYNTJENS, F., DE BONDT, W. en LEMMENS, K., *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, XVII+359 p.

GRUNDMANN, S. en SCHAUER, M., *The architecture of European codes and contract law*, Den Haag, Kluwer law international, 2006, XVI+374 p.

HARTKAMP, A.S. en TILLEMA, M.M.M., *Contract law in the Netherlands*, Den Haag, Kluwer law international, 1995, 228 p.

HARTKAMP, A.S., VON BAR, C., BARRIÈRE, F. en BEALE, H., *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer law international, 1998, XIII+652 p.

HEIRBAUT, D., *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2005, 416 p.

HERBOTS, J.H., *Contract law in Belgium*, Deventer, Kluwer, 1995, 280 p.

JAMES, P.S., *Introduction to English law*, London, Butterworth, 1989, XXXVII+591 p.

KAPTEYN, P.J.G., THEMAAT VAN VERLOREN, P. en BARENTS, R., *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003, XLV+1370 p.

LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 900 p.

MARKESINIS, B.S., UNBERATH, H. en JOHNSTON, A., *The German law of contract: a comparative treatise*, Oxford, Hart Publishing, 2006, LIV+979 p.

MASON, A., "The impact of equitable doctrine on the law of contract", *Anglo-Am.L.R.* 1998, 1-28.

MCKENDRICK, E., *Contract law*, New York, Palgrave MacMillan Law Masters, 2007, XLVI+473 p.

MCKENDRICK, E., *Contract law: text, cases and materials*, New York, Oxford University Press, 2008, XLVI+1077 p.

MCMEEL, G., *The construction of contracts: interpretation, implication and rectification*, New York, Oxford University Press, 2007, 500 p.

MERRYMAN, J.H. en CLARK, D.S., *Comparative law: Western European and Latin American legal systems, cases and materials*, Indianapolis, Bobbs – Merrill, 1978, XLVII+1278 p.

MIERS, D.R. en PAGE, A.C., *Legislation*, London, Sweet and Maxwell, 1982, XVIII+266 p.

MURRAY, R., *Contract law: the fundamentals*, London, Sweet and Maxwell, 2008, XXVI+264 p.

MUSY, A.M., “The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures”, *Global Jurist Advances* 2001, 1-21.

O’CONNOR, J.F., *Good faith in English law*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1990, V+148 p.

RICHARDS, P., *Law of Contract*, London, Pitman, 1995, XXVI+402 p.

ROBBERS, G., *An introduction to German law*, Baden-Baden, Nomos, 1998, 393 p.

RYAN, K.W., *An introduction to the Civil law*, Brisbane, Law Book co. of Australia, 1962, XIV+294 p.

SAUVEPLANNE, J.G., *Codified and judge made law: the role of courts and legislators in civil and common law systems*, Amsterdam, North – Holland, 1982, 28 p.

SHAW, J. en WHEELER, S., *Contract law: cases, materials and commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1994, XLII+919 p.

SIMMONDS, K.R., “United Kingdom” in V., KNAPP (eds.), *International encyclopedia of comparative law 1.: National reports*, XVI, Tübingen, Mohr, 1972-1975, U60-U102.

SLAPPER, G. en KELLY, D., *English law*, London, Routledge – Cavendish, 2006, XCII+1009 p.

STEINER, E., *French legal method*, Oxford, Oxford University Press, 2002, XII+241 p.

STERCKX, D., RYCKBOST, I., VAN BOSSUYT, A. en VERMEERSCH, A., *Zo werkt Europa*, Kortrijk, UGA, 2007, 440 p.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, 268 p.

STORME, M. en BOCKEN, H., *Verbintenissenrecht*, Gent, Marcel Storme, 1984, X+509 p.

STORME, M.E., “Good faith an the contents of contracts in European private law”, *EJCL* 2003, afl. 7.1, www.ejcl.org, 1-9.

SZLADITS, C., “The Civil law system” in R., DAVID (eds.), *International encyclopedia of comparative law 2.: The legal systems of the world, their comparison and unification, Structure and the divisions of the law*, Tübingen, Mohr, 1971, 15-76.

TEMPLEMAN, T. en KRISHNAN, V., *Obligations: contract law: textbook*, London, Old Bailey, 1997, XXVIII+420 p.

TENE, O., *Good faith in Precontractual Negotiations: A Franco-German-American Perspective*, onuitg., working paper Management New York University, 12 p.

TETLEY, W., “Mixed Jurisdictions: Common law vs. Civil law (Codified and Uncodified)”, *La. L. Rev.* 2000, afl. 60, 677-738.

TETLEY, W., "Good faith in contract, particularly the contracts of arbitration and chartering", JMLC 2004, afl. 35, 561-616.

TEUBNER, G., "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", MLR 1998, afl. 61, 11-32.

TREITEL, G.H., *An outline of the law of contract*, London, Butterworth, 1995, XLVIII+427 p.

TREITEL, G.H., *The law of contract*, London, Sweet and Maxwell, 2003, CLI+1117 p.

TWIGG-FLESNER, C., "A Good Faith Requirement for English Contract Law?", Nott. L. J. 2000, afl. 9.1, 80-84.

UNIKEN VENEMA, C. Æ., *Van Common law en Civil law: inleiding tot het Anglo – Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, XIX+256 p.

UPEX, R., *Davies on contract*, London, Sweet and Maxwell, 1999, XXVIII+294 p.

VAN DAM, C.C. en VERHEIJ, A.J., *Privaatrecht als opdracht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, XXI+551 p.

VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht 1: Verbintenissen uit meerzijdige en eenzijdige rechtshandelingen*, Leuven, Acco, 1998, XI+209 p.

VAN HOECKE, M. en F. OST, *The Harmonisation of European private law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, XIX+255 p.

VERBEKE, A., *Elementen van Anglo – Amerikaans recht: een selectie van Engelse en Amerikaanse juridische teksten gesitueerd in het betrokken rechtssysteem*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 320 p.

VON MEHREN, A.T. en GORDLEY, J.R., *The Civil law system: an introduction to the comparative study of law*, Boston, Little Brown, 1977, XXIII+1243 p.

WALKER, D.M., *The Scottish legal system: an introduction to the study of Scots law*, London, Sweet and Maxwell, 1997, LIII+620 p.

WALKER, R.J. en WARD, R., *English legal system*, London, Butterworth, 1994, LI+663 p.

WATKIN, T.G., *An historical introduction to Modern Civil law*, Aldershot, Ashgate, 1999, IX+498 p.

WOLFERT, E.C.M., *De kwaliteitsrekening*, Deventer, Kluwer, 2007, IX+225 p.

ZIMMERMANN, R. en WHITTAKER, S., *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, XXXIII+720 p.

ZWALVE, W.J., C. Æ. Uniken Venema's *Common law and Civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 687 p.

ZWEIGERT, K., KÖTZ, H. en WEIR, T., *Introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, 1998, XXVI+714 p.

4) Elektronische bronnen

http://nl.wikipedia.org/wiki/Corpus_Iuris_Civilis (consultatie 24 april 2008)

[http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_\(legal_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_(legal_system)) (consultatie 23 april 2008)

http://encarta.msn.com/text_761565815_0/Civil_Law.html (consultatie 26 februari 2009)

http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_systems_of_the_world (consultatie 23 april 2008)

http://nl.wikipedia.org/wiki/Common_law (consultatie 28 april 2008)

http://en.wikipedia.org/wiki/Ultra_vires (consultatie 25 februari 2009)

http://www.ox.ac.uk/admissions/undergraduate_courses/courses/law_jurisprudence/law.html
(consultatie 03 mei 2009)

<http://www.cam.ac.uk/admissions/undergraduate/courses/law/index.html> (consultatie 03 mei 2009)

<http://www.barstandardsboard.org.uk/Educationandtraining/whatistheacademicstage/> (consultatie 03 mei 2009)

<http://www.sra.org.uk/students/academic-stage.page> (consultatie 03 mei 2009)

<http://www.llm-guide.com/what-is-an-llm> (consultatie 03 mei 2009)

<http://www.barstandardsboard.org.uk/Educationandtraining/aboutthebvc/> (consultatie 03 mei 2009)

<http://www.sra.org.uk/students/lpc.page> (consultatie 03 mei 2009)

www.barcouncil.org.uk (consultatie 03 mei 2009)

<http://www.barstandardsboard.org.uk/Educationandtraining/whatispupillage/> (consultatie 03 mei 2009)

<http://www.sra.org.uk/students/training-contract.page> (consultatie 03 mei 2009)

<http://www.law.ugent.be/fsa/rechten.html> (consultatie 07 mei 2009)

<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/doc.html#29> (consultatie 07 mei 2009)

http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm (consultatie 07 mei 2009)

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf> (consultatie 07 mei 2009)

[http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_\(legal_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_(legal_system)) (consultatie 23 april 2008)

http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_systems_of_the_world (consultatie 23 april 2008)

[http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_\(legal_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_law_(legal_system)) (consultatie 23 april 2008)

http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_systems_of_the_world (consultatie 23 april 2008)

<http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/BACH/BBRECH/000104/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009)

<http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/BACH/BBRECH/000204/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009)

<http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/BACH/BBRECH/000304/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009)

<http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/MABA/BMRECH/000103/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009)

<http://www.opleidingen.ugent.be/studiegids/PROSPECT/NL/FACULTY/RE/MABA/BMRECH/000204/INDEX.HTM> (consultatie 07 mei 2009)

http://www.kuleuven.be/onderwijs/aanbod/opleidingen/N/SC_50289127.htm (consultatie 07 mei 2009)

http://www.kuleuven.be/onderwijs/aanbod/opleidingen/N/SC_50269079.htm (consultatie 07 mei 2009)

www.ejcl.org
<http://eur-lex.europa.eu/nl/index.htm>
<http://www.opsi.gov.uk>

Bijlagen

1) Inhoudsopgave uit het studieboek A. BURROWS, *A casebook on contract*, Portland, Hart Publishing, 2007, LII+810 p.

Contents	
<i>Preface</i>	ix
<i>Table of Cases</i>	xxv
<i>Table of Legislation</i>	xlvi
 PART ONE: THE FORMATION OF A CONTRACT	
1. OFFER AND ACCEPTANCE	3
1. Introduction	3
(1) What is a Contract?	3
(2) Offer and Acceptance	4
2. Offers and Invitations to Treat	4
(1) Two General Illustrative Cases	5
<i>Harvey v Facey</i>	5
<i>Gibson v Manchester City Council</i>	5
(2) Display of Goods for Sale	7
<i>Fisher v Bell</i>	7
<i>Pharmaceutical Society of Great Britain v Boots Cash Chemists (Southern) Ltd</i>	8
(3) Advertisements	10
<i>Partridge v Crittenden</i>	10
<i>Carlill v Carbolic Smoke Ball Company</i>	11
(4) Auction Sales	16
<i>Barry v Davies</i>	16
(5) Tenders	19
<i>Spencer v Harding</i>	19
<i>Harvela Investments Ltd v Royal Trust Company of Canada (CI) Ltd</i>	20
<i>Blackpool and Fylde Aero Club Ltd v Blackpool Borough Council</i>	22
3. Acceptance	26
(1) Acceptance by Conduct	26
<i>Brogden v Metropolitan Railway Co</i>	26
(2) 'Battle of the Forms'	27
<i>Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd</i>	27
(3) Communication of Acceptance	33
(a) The General Rule: Acceptance must be Received by Offeror	33
<i>Entores Ltd v Miles Far East Corporation</i>	33
<i>Brinkibon Ltd v Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH</i>	35
(b) Acceptance by Post	37

<i>Household Fire and Carriage Accident Insurance Co Ltd v Grant</i>	37
<i>Holwell Securities Ltd v Hughes</i>	39
(c) Waiver by Offeror of the Need for Communication of Acceptance	41
<i>Felthouse v Hindley</i>	41
(4) Prescribed Mode of Acceptance	43
<i>Manchester Diocesan Council for Education v Commercial and General Investments Ltd</i>	43
(5) Acceptance in Ignorance of an Offer	45
<i>R v Clarke</i>	45
(6) Acceptance in Unilateral Contracts	47
<i>Errington v Errington</i>	47
4. Termination of an Offer	49
(1) Revocation	49
<i>Byrne & Co v Van Tienhoven & Co</i>	49
<i>Dickinson v Dodds</i>	51
(2) Rejection	53
<i>Hyde v Wrench</i>	53
<i>Stevenson, Jacques & Co v McLean</i>	53
5. Problematic Offer and Acceptance	55
<i>The Satalia</i>	55
Additional Reading	57
 2. CERTAINTY AND INTENTION TO CREATE LEGAL RELATIONS	 59
1. Certainty	59
(1) Vagueness	59
<i>Hillas & Co Ltd v Arcos Ltd</i>	59
<i>Scammell and Nephew Ltd v Ouston</i>	62
(2) Price Not Fixed	64
<i>May and Butcher Ltd v R</i>	64
<i>Sudbrook Trading Estate Ltd v Eggleton</i>	67
(3) Agreements to Negotiate	69
<i>Walford v Miles</i>	69
(4) A Non-contractual Solution	74
<i>British Steel Corporation v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd</i>	74
2. Intention to Create Legal Relations	77
(1) Social and Domestic Agreements	77
<i>Balfour v Balfour</i>	77
<i>Jones v Padavatton</i>	79
(2) Commercial Agreements	81
<i>Esso Petroleum Co Ltd v Commissioners of Customs and Excise</i>	81
Additional Reading	84
 3. CONSIDERATION AND PROMISSORY ESTOPPEL	 87
1. Consideration	87

(1) The Consideration Need Not Be Adequate	88
<i>Chappell & Co Ltd v Nesilé Co Ltd</i>	88
(2) Past Consideration Does Not Count	92
<i>Eastwood v Keryon</i>	92
<i>PaO On v Lau Yiu Long</i>	93
(3) Consideration and the Promise to Perform, or Performance of, a Pre-existing Duty	96
(a) Pre-existing Duty Imposed by the General Law (ie a Non-contractual Duty)	96
<i>Collins v Godefroy</i>	96
<i>Glasbrook Brothers Ltd v Glamorgan County Council</i>	96
<i>Ward v Byham</i>	98
<i>Williams v Williams</i>	99
(b) Pre-existing Duty under a Contract with a Third Party	100
<i>Shadwell v Shadwell</i>	100
<i>Scotson v Pegg</i>	102
<i>PaO On v Lau Yiu Long</i>	103
(c) Pre-existing Duty under a Contract with the Promisor	104
<i>Stilk v Myrick</i>	104
<i>Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd</i>	106
<i>Foakes v Beer</i>	111
<i>Re Selectmove Ltd</i>	115
2. Promissory Estoppel	117
(1) The Emergence of Promissory Estoppel	118
<i>Hughes v Metropolitan Rly Co</i>	118
<i>Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd</i>	119
(2) Promissory Estoppel Not a Cause of Action	121
<i>Combe v Combe</i>	121
<i>Crabb v Arun District Council</i>	124
<i>Amalgamated Investment & Property Co Ltd v Texas Commerce International Bank Ltd</i>	128
<i>Waltons Stores (Interstate) Ltd v Maher</i>	131
<i>Baird Textiles Holdings Ltd v Marks & Spencer plc</i>	136
(3) Promissory Estoppel Requires a Clear and Unequivocal Promise	140
<i>Woodhouse AC Israel Cocoa SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd</i>	140
(4) Does Promissory Estoppel Require Reliance or Detrimental Reliance?	142
<i>WJ Alan & Co Ltd v El Nasr Export and Import Co</i>	142
<i>Société Italo Belge pour le Commerce et l'Industrie SA v Palm and Vegetable Oils (Malaysia) Sdn Bhd, The Post Chaser</i>	144
(5) Promissory Estoppel Cannot be Founded on a Promise Induced by the Promisee's Inequitable Conduct	146
<i>D & C Builders Ltd v Rees</i>	146
(6) Does Promissory Estoppel Extinguish or Suspend Rights?	148
<i>Tool Metal Manufacturing Co Ltd v Tungsten Electric Co Ltd</i>	148
Additional Reading	151

PART TWO: THE TERMS OF A CONTRACT

4. IDENTIFYING THE TERMS	157
1. Terms or Mere Representations?	157
<i>Oscar Chess Ltd v Williams</i>	158
<i>Dick Bentley Productions Ltd v Harold Smith (Motors) Ltd</i>	162
<i>Esso Petroleum Co Ltd v Mardon</i>	164
2. Incorporation of a Party's Written Terms	166
(1) Signature	167
<i>J. E. Strange v F. Graucob Ltd</i>	167
<i>Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co</i>	168
(2) Reasonable Notice	170
<i>Parker v The South Eastern Railway Company</i>	170
<i>Chapelton v Barry Urban District Council</i>	173
<i>Olley v Marlborough Court Ltd</i>	174
<i>Thornton v Shoe Lane Parking Ltd</i>	175
<i>Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd</i>	179
<i>AEG (UK) Ltd v Logic Resource Ltd</i>	182
<i>O'Brien v MGN Ltd</i>	187
(3) Course of Dealing	189
<i>McCutcheon v David MacBrayne Ltd</i>	189
<i>Hollier v Rambler Motors (AMC) Ltd</i>	193
(4) The Parties' Trade Practice	195
<i>British Crane Hire Corporation Ltd v Ipswich Plant Hire Ltd</i>	195
3. Implied Terms	197
(1) Terms Implied by the Courts	197
(a) Terms Implied by Fact	197
<i>The Moorcock</i>	197
(b) Terms Implied by Law	201
<i>Liverpool City Council v Irwin</i>	201
<i>Shell UK Ltd v Lostock Garage Ltd</i>	206
<i>Scully v Southern Health and Social Services Board</i>	209
(2) Terms Implied by Statute	213
(a) Contracts for the Sale of Goods	213
<i>Sale of Goods Act 1979, sections 12–15</i>	213
(b) Contracts for Services	216
<i>Supply of Goods and Services Act 1982, sections 13–15</i>	216
Additional Reading	217
 5. INTERPRETING THE TERMS	 219
1. The Modern Approach to Construction	219
<i>Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society</i>	219
2. Construction of Exemption Clauses	222
(1) Excluding or Limiting Liability for Negligence	223
<i>Alderslade v Hendon Laundry Ltd</i>	223

<i>Canada Steamship Lines Ltd v R</i>	225
<i>Hollier v Rambler Motors (AMC) Ltd</i>	228
(2) Excluding or Limiting Liability for Fundamental Breach	231
<i>Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd</i>	231
(3) Construing Limitation Clauses	235
<i>Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd</i>	236
<i>George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd</i>	237
Additional Reading	240
6. STATUTORY CONTROL OF UNFAIR TERMS	243
1. The Unfair Contract Terms Act 1977	244
<i>The Unfair Contract Terms Act 1977, sections 1-14, 26-27, 29, Schedules 1 and 2</i>	244
(1) Overview of the Central Scheme of UCTA 1977	252
(2) Excluding Liability for Breach of the Statutory Implied Terms in Contracts for the Sale of Goods and Analogous Contracts	253
(3) Cases on UCTA 1977	254
(a) What is Meant by 'Dealing as Consumer'?	254
<i>R & B Customs Brokers Co Ltd v United Dominions Trust Ltd</i>	254
(b) What Counts as an Exclusion of Liability, or as Equivalent to such an Exclusion, so as to Fall within the Act?	258
<i>Phillips Products Ltd v Hyland</i>	258
<i>Thompson v T Lohan (Plant Hire) Ltd</i>	260
<i>Smith v Eric S Bush</i>	263
<i>Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd</i>	265
<i>Tudor Grange Holdings Ltd v Citibank NA</i>	266
(c) Does the Clause Pass, or Fail, the Reasonableness Test?	269
<i>George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd</i>	269
<i>Phillips Products Ltd v Hyland</i>	271
<i>Smith v Eric S Bush</i>	275
<i>Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd</i>	277
<i>St Albans City and District Council v International Computers Ltd</i>	279
<i>Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd</i>	282
2. The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999	285
<i>Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999</i>	285
(1) Overview of the Central Scheme of the 1999 Regulations	292
(2) What is the Relationship Between the 1999 Regulations and UCTA 1977?	293
(3) Case-law on the 1999 Regulations	293
<i>Director General of Fair Trading v First National Bank Plc</i>	294
(4) A Note on Good Faith	299
3. Reform of the Legislation on Unfair Terms	299
Additional Reading	301

2) Inhoudsopgave uit het studieboek S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, 268 p.



INHOUD

Inhoud

Woord vooraf

Inhoud

Significante wijzigingen

Afschiding

§ 1. Plaats van het verbintenissenrecht in het B.W. en in het recht

§ 2. De vermogensrechtelijke verbintenis

A. DEFINITIE

B. ANALYSE VAN DE KENMERKEN

1. EEN RICHTSBAND TUSSEN PERSONEN

a. *intern bekeken*

b. *extern bekeken*

2. BRONNEN VAN VERBINTENISSEN

3. VOORWERP VAN DE VERBINTENIS

a. *verbintenissen tot doen, niet-doen of geven*

b. *resultaats- en gaspenningsverbintenissen*

4. AFDWIKBAARHEID VAN DE VERBINTENIS

C. OPDOEW VAN HET LEEROECK VOLGENS DE BRONNEN
VAN VERBINTENISSEN

EERSTE DEEL

De bronnen van verbintenissen

Titel I - Verbintenissen uit overeenkomsten 23

Afdeling 1.

Begrip en soorten overeenkomsten 24

Afdeling 1. Begripsbepaling 25

§ 1. Het begrip overeenkomst 25

§ 2. Kenmerken van een vermogensrechtelijke overeenkomst 25

- A. DE OVEREENKOMST BERUST OP EEN WILSOVEREENSTEMMING 25
- B. DE OVEREENKOMST WORDT GESLOTEN TUSSEN TWEE OF MEER PERSONEN 26
- C. DE OVEREENKOMST VERONDERSTELT DE BEDOELING OM RECHTSGEVOLGEN TE DOEN ONTSTAAN 26

Afdeling 2. Soorten overeenkomsten 28

§ 1. Vermogensrechtelijke en andere overeenkomsten 28

- A. ANDERE PRIVAATRECHTELIJKE OVEREENKOMSTEN 28
- B. VERDRAGEN, PUBLIEKRECHTELIJKE OVEREENKOMSTEN EN CONTRACTEN VAN PARTICULIEREN MET OF OVERHEID 29

§ 2. Soorten vermogensrechtelijke overeenkomsten 22

- A. CONSENSUELE, ZAKELIJKE EN PLECHTIGE OVEREENKOMSTEN 22
- B. EENZIJDIGE EN WEDERKERIGE OVEREENKOMSTEN 23
- C. OVEREENKOMSTEN OM NIET EN ONDER BEZWARENDE TITEL 25
- D. VERGELDENDE EN KANSCONTRACTEN 26
- E. OVEREENKOMSTEN *INTUITU PERSONAE* 26
- F. BENODEMDE, ONBENODEMDE EN GEMENGDE OVEREENKOMSTEN 27
- G. AFLOPENDE CONTRACTEN, DOURCONTRACTEN VAN
BEPAALEN OF VAN ONBEPAALEN DUUR EN
LANGDUURIGE CONTRACTEN 28
- H. HOOFDCONTRACTEN EN BIJKOMENDE CONTRACTEN 29
- I. KADENCONTRACTEN EN VOOROVEREENKOMSTEN 30
- J. ONDERHANDELDE CONTRACTEN, TOETREDINGSCONTRACTEN
EN HET GEBRUIK VAN STANDAARDVOORWAARDEN 31
- K. HANDELSCONTRACTEN EN CONTRACTEN MET EEN CONSUMENT 33

Hoofdstuk 2.

Wetstekeningen 36

Afdeling 1. Historisch uitgangspunt: de wilsautonomie 37

§ 1. De contractvrijheid 38

§ 2. De bindende kracht 40

§ 3. Het consensualisme 42

Afdeling 2. De wilsautonomie gecorrigeerd 43

§ 1. De contractvrijheid kritisch herbekeken 44

- A. BEPERKINGEN AAN DE VRIJHEID OM AL DAN NIET TE CONTRACTEREN 44
- B. BEPERKINGEN AAN DE VRIJHEID OM DE CONTRACTINHOUD TE BEPALEN 45
- C. BEPERKINGEN AAN DE CONTRACTVRIJHEID OM TE KIEZEN MET WIE MEN WIL CONTRACTEREN 47

§ 2. De wilsautonomie en de bindende kracht gecorrigeerd 50

- A. DE CORRIGERENDE ROL VAN DE VERTROUWENSLIEN 50
- B. DE ROL VAN DE RECHTER BIJ DE VASTSTELLING VAN DE CONTRACTUELE RECHTEN EN DE CORRIGERENDE ROL VAN DE OBJECTIEVE GOEDE TROUW 51

§ 3. Het consensualisme versus beschermend formalisme 54

Afdeling 3. De centrale rol van de rechter in het contractueel mechanisme 55

§ 1. Interpretatie van het contract 55

- A. INTERPRETATIE VOLGENS HET B.W. 55
 - 1. HET BEGANGSPUNT: ART. 1156 B.W. 55
 - 2. ANDERE INTERPRETATIEBEGRIJPS VAN HET B.W. EN DAARUIT 57
- B. EEN INTERPRETATIEVE WERKING VAN DE GOEDE TROUW? 59

§ 2. Aanvulling van het contract 61

§ 3. Matiging van de uitoefening van contractuele rechten 62

- A. DE MATIGENDE FUNCTIE VAN DE GOEDE TROUW EN DE LINK MET HET VERBOD OP RECHTSMISBRUIK 62
 - 1. DE MATIGENDE FUNCTIE VAN DE GOEDE TROUW EN DE LINK MET HET VERBOD OP RECHTSMISBRUIK 62
 - 2. DE LINK MET HET VERBOD OP RECHTSMISBRUIK 64
- B. DE THEORIE VAN HET RECHTSMISBRUIK 66
 - 1. DE MATIGINGSBEVOEGENHEID, HET GENERIEK CRITERIUM EN DE MARGINAAL CONTROLE 66
 - 2. DE BIJZONDERE CRITERIA VAN HET RECHTSMISBRUIK 67
 - 3. MISBRUIK VAN ENKELE CONTRACTUELLE RECHTEN 70
- C. DE SANCTIE OP RECHTSMISBRUIK: MATIGING 73

Wilsbetrekking

Toetstandkoming van de wilsovereenstemming 73

Afdeling 1. De toetstandkoming statisch bekeken: de geldigheidsvereisten 74

§ 1. De wilsovereenstemming 74

- A. KENMERKEN EN DRAAGWIJDTE 74
- B. DRIE PROBLEMEN ROND DE WILSOVEREENSTEMMING 77
 - 1. WILSGEBREKEN 77
 - 2. AFWEZIGHEID VAN TOESTEMMING 78
 - 3. DISCREPANTIE TUSSEN DE WERKLIJKE WIL EN DE VERKLAARDE WIL 79

C. DE WILSGEBREKEN 80

1. DWALING 80

- a. Begrip 80
- b. Voorwaarden 80
- c. Gevolgen 83

2. BEDROEG 84

- a. Begrip 84
- b. Voorwaarden 84
- c. Gevolgen 86

3. GEWELD 87

- a. Begrip 87
- b. Voorwaarden 87
- c. Gevolgen 89

4. BENADELING 90

5. GLIJKVALIGEERDE BENADELING 91

- a. Begrip en voorwaarden 91
- b. Grondslag en gevolgen 92

§ 2. De handelingsbekwaamheid 93

- A. HET BEGRIEP VAN DE HANDELINGSBEKWAAMHEID
VAN NATUURLIJKE PERSONEN EN RECHTSPERSONEN 93
- B. HANDELINGSONBEKWAAMHEID 94

§ 3. Het voorwerp 95

- A. BEGRIEP 95
- B. GELOOFWORTSVOORWAARDEN 96
- C. GEVOLGEN 100
- D. TIJDRIJK VAN HET VERVAL WEGENS WEGVALLEN
VAN HET VOORWERP 100

§ 4. De oorzaak 101

- A. HET VEREISTE VAN EEN OORZAAK 101
- B. INVULLING VAN HET OORZAAKBEGRIIP 102
- C. DE MOGELIJKE FUNCTIE VAN DE OORZAAK ALS
"ORIFUNCTIEVE WEDERKERIGHEID" 104
- D. DE VERSCHIEDENE FUNCTIES VAN DE OORZAAK
ALS "BESLISSENDE BEWEEGREDEKEN" 104
 - 1. AFWEZIGHEID VAN OORZAAK 104
 - 2. HET VERVAL VAN RECHTSHANDELINGEN OM HIL:
WEGENS HET VERDWIJNEN VAN DE OORZAAK 105
 - 3. DE CONTROLE OP DE GEORLOOIDE OORZAAK 108
- E. DE ABSTRACTE VERBINTENIS 110

**Afdeling 2. De totstandkoming
dynamisch bekeken 113**

§ 1. De onderhandelingsfase 113

- A. ONDERHANDELINGEN 113
- B. GERUISLOOS EN PROGRESSIEF CONTRACTEREN 115

§ 2. Aanbod en aanvaarding 118

- A. AANBOD 118
- D. AANVAARDING 119

§ 3. Contracteren met vertegenwoordiging 121

- A. SITUERING EN BEGRIJPSBEPALING 121
- B. VOORWAARDEN 122
- C. SOORTEN EN GEVOLGEN 122
- D. DE LEER VAN DE SCHIJNVERTEGENWOORDIGING 124