

'HET RECHT IS INTELLECTUEEL BUITENGEWOON INTERESSANT, MAAR HET GAAT OM DE FUNCTIE DIE HET VERVULT IN DE SAMENLEVING'

Interview met prof.mr. P. van Schilfgaarde

Marishka Neekilappillai (RuG) & Emil Verheul (RuG)

Peter van Schilfgaarde is emeritus hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Groningen en de Universiteit Utrecht. In 1969 verdedigde hij in Leiden zijn proefschrift over toerekening van rechtshandelingen. Een jaar later werd hij hoogleraar Handelsrecht in Groningen en in 1989 werd hij in Utrecht benoemd tot hoogleraar Ondernemingsrecht. Het professoraat in Utrecht combineerde hij met de advocatuur in Den Haag en Amsterdam. Daarnaast was hij contacthoogleraar en annotator bij *Ars Aequi* van 1979 tot 1988 en sedertdien annotator bij de *NJ*. Bovendien geniet hij onder studenten grote bekendheid vanwege zijn gele ondernemingsrechtelijke handboek *Van de BV en de NV*. Genoeg redenen voor de redactie om prof.mr. Van Schilfgaarde te interviewen.

Waarom bent u rechten gaan studeren?

Dat is een beslissing die op een gekke manier tot stand is gekomen. Ik stond thuis bekend als het enige technische jongetje. We waren met zes kinderen. Mijn vader was classicus en wijsgeer en er hing thuis altijd een intellectuele sfeer. Om de een of andere reden werd ik geacht technisch te zijn. Ik repareerde van alles thuis. Toen ik zestien was werd ik halverwege het schooljaar door mijn ouders van school gehaald en naar het buitenland gestuurd, want ze vonden dat ik nog te jong was om verder te leren. Ik vond het prachtig. In Frankrijk ging ik aan de slag bij een boer in de buurt van Avignon. Daar heb ik drie maanden op het land gewerkt. Daarna in Engeland net zo iets. Toen kwam ik het volgende jaar weer in dezelfde klas. Ik was mathematisch blijven zitten. Ik dacht dus dat ik technisch was en daarom ben ik in Delft kamers gaan zoeken. Maar ergens in mijn hoofd had ik het gevoel: ben ik nou wel technisch? Dus toen dacht ik na een tijdje: moet ik eigenlijk niet naar Leiden toe? Daar heb ik acht maanden scheikunde en natuurkunde zitten doen. Ik deed allerlei proefjes en dat ging niet heel slecht, maar op een gegeven moment zei een kamergenoot tegen mij: waarom studeer je eigenlijk geen rechten? Binnen een week was ik omgezwaaid. Er was nog één groot probleem, want mijn vader had dikwijls gezegd dat rechten 'niets' was, 'geen studie'. Ik moest hem dus overtuigen. Iets later vertelde ik hem dat de Romeinen niet

van vertegenwoordiging hielden. Dat kon volgens de Romeinen niet. Mijn vader veerde al op toen ik 'Romeinen' zei. Ik zei: ja want in de Codex staat *tibi non vis nec illi potes*. Toen zei mijn vader dat rechten toch een wetenschappelijke studie is.

'In Delft heb ik acht maanden scheikunde en natuurkunde zitten doen. Op een gegeven moment zei een kamergenoot tegen mij: waarom studeer je eigenlijk geen rechten? Binnen een week was ik omgezwaaid'

De laatste tijd zien wij meer rechtsfilosofische artikelen van uw hand langskomen. Hoe komt het dat het u zo gegrepen heeft?

Ik heb eigenlijk altijd al het gevoel gehad dat het om de vragen erachter ging, alleen had ik daar nooit zoveel aan gedaan. Maar toen ik wegging bij De Brauw in 2006 wilde ik toch wel eens wat gaan schrijven. Toen heb ik iets heel primitiefs gedaan. Ik ging naar mijn boekenkast en daar stond een klein boekje van Kelsen dat ik nog nooit gelezen had:

*Was ist Gerechtigkeit?*¹ Hartstikke mooi verhaal, maar ik had het gevoel dat het niet klopte. Toen heb ik een artikel geschreven en dat heb ik ingestuurd naar het Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie.² Mijn probleem was echter dat ik geen verstand van filosofie had. Dat is vervelend, want iedere discussie voltrekt zich in een bepaald discours. Ik stuurde dat in en toen kreeg ik op een gegeven moment een reactie van de beoordelaar terug. Mijn artikel was best interessant, maar ik moest duidelijker maken wiens theorieën ik allemaal op het oog had. Ik had geen flauw idee. Toen heb ik de redactie opgebeld en die heeft mij de naam van de beoordelaar gegeven. Die heb ik opgebeld en dat was ontzettend leuk. Zo ben ik begonnen. Een groot nadeel is nog steeds dat ik onvoldoende geschoold ben in de filosofie, maar ik heb mezelf voorgehouden dat het een voordeel is. Als je niks weet, dan kan je nog wat bedenken. Als je wel wat weet, dan ga je dat herhalen. Ik heb het altijd leuk gevonden iets te bedenken.

'Als je niks weet, dan kan je nog wat bedenken. Als je wel wat weet, dan ga je dat herhalen. Ik heb het altijd leuk gevonden iets te bedenken'

Een van mijn artikelen in een buitenlands tijdschrift heet *Law linked justice and existence linked justice*.³ Daarin probeer ik tot uitdrukking te brengen dat de *justice* van het rechtssysteem een andere is dan de *justice* van de persoon die in aanraking komt met het recht: het recht dat hem treft. Als je met het recht in aanraking komt, dan heb je een idee over hoe jouw positie is. Dan gebruik je de uitdrukking: is dat nou gerechtigheid? Ik heb gezegd dat die vorm van *justice* een existentiële ervaring is. Het gevoel voor rechtvaardigheid van de persoon die in aanraking komt met het recht. De rechtvaardigheid van het positieve recht is geen existentiële ervaring: dat is een kunstproduct. Het hele recht is een kunstproduct, gemaakt door de *homo faber*. De mens die dingen maakt. De mens fabriceert gebouwen, wegen, maatschappijen en ook recht. Dat zijn producten. Dat fabriceren doe je met een bepaald doel en laten we hopen dat een van de doelstellingen van het recht een opvatting over rechtvaardigheid is. Zo creëert het recht als instituut zijn eigen rechtvaardigheid. Die rechtvaardigheid is per definitie een compromis, tussen allerlei waarden: doelmatigheid, billijkheid, rechtszekerheid enz. Maar er is ook een andere, existentiële kant. En de rechtvaardigheid als existentiële ervaring kan botsen met de rechtsinterne rechtvaardigheid. Dat is voor mij het kernpunt waar alles om draait in de rechtsbeschouwing. Het centrale probleem van de klassieke Europese rechtsfilosofie is de samenhang tussen institutionele rechtvaardigheid en existentiële gerechtigheid. Recht is een 'human condition'.⁴

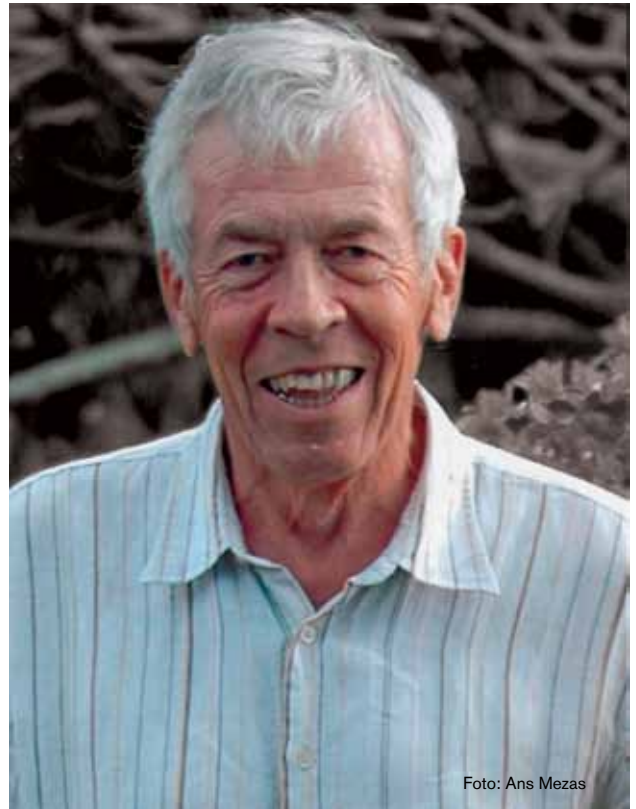


Foto: Ans Mezas

Hoe beviel de combinatie tussen advocatuur en wetenschap?

Nou ja, ik heb altijd vrij veel aan juridisch commentaar gedaan: boeken geschreven, annotator bij *Ars Aequi*, later bij de *NJ*. Ik heb de literatuur altijd goed bijgehouden. Ik heb wel eens verkondigd dat de juridische tijdschriften de laboratoria van de juristen zijn. Dat is een gedachte die me aanspreekt. Want hoe ontwikkel je je? In de exacte vakken ga je proefjes doen. Hoe doe je nou in het recht proefjes? Dat kan niet, maar je kunt wel stukjes schrijven en dat zijn eigenlijk proefjes.

'Ik heb wel eens verkondigd dat de juridische tijdschriften de laboratoria van de juristen zijn. In de exacte vakken ga je proefjes doen. Hoe doe je nou in het recht proefjes? Dat kan niet, maar je kunt wel stukjes schrijven en dat zijn eigenlijk proefjes'

U wordt vaak geprezen om uw noten. Hoe bent u zo bekwaam geworden in het schrijven van annotaties? Misschien wel door het lesgeven. Ik ben weliswaar niet professor geworden omdat ik zo graag wilde lesgeven, maar gewoon omdat ze me dat vroegen. Toen dacht ik, dat is prachtig. In Groningen ben ik snel begonnen met het geven van werkgroepen. Dat waren eigenlijk geen werkgroepen maar discussiegroepen op basis van stukken die telkens door twee studenten samen werden geschreven. Dan merk je dat

1 H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Stuttgart: Reclam 2000.

2 P. van Schilfgaarde, 'Recht, onrecht, gerechtigheid', *R&R* 2006, p. 162-177.

3 P. van Schilfgaarde, 'Law-Linked Justice and Existence-Linked Justice', *Ratio Juris* 2008, p. 125-149.

4 P. van Schilfgaarde, 'Recht als human condition', *NJLP* 2013, p. 29-49.

men dikwijls moeite heeft om een gedachtegang op een rij te zetten. Dat komt bijvoorbeeld omdat velen geen structuur in hun zinnen kunnen brengen. Ik heb vrij snel de regel ingevoerd dat een zin niet langer mocht zijn dan twaalf woorden. Dat heb ik moeten opgeven. Toen heb ik er zestien van gemaakt. Maar ook dat is moeilijk. Dan zaten die jongens en meisjes zich het lazarus te tellen om die zinnen te maken. Ik zei dan wel tegen ze dat het geen literatuur hoefde te worden. Dat mag je later doen. Er zijn mensen die prachtig kunnen schrijven met lange zinnen, maar bij veel mensen, en zeker bij onervaren studenten, wordt het warrig. Je moet ook niet denken dat je gewichtig moet schrijven omdat alle juristen dat doen. Ja, dat doen ze, maar dat moet je dus nou net niet doen. Dat heeft geen zin. Zeg wat je denkt, en waarom.

'Je moet niet denken dat je gewichtig moet schrijven omdat alle juristen dat doen. Ja, dat doen ze, maar dat moet je dus nou net niet doen. Dat heeft geen zin. Zeg wat je denkt, en waarom'

Hoe reflecteert u dan op een arrest van de Hoge Raad? Hoe komt u tot uw kritiek?

Ik vind dat als je iets positiefrechtelijks wilt bespreken, en zeker als je kritiek wilt hebben, dat je dan heel goed moet analyseren wat daar voor je ligt. Ik probeer dan het hele arrest van A tot Z te begrijpen, bij voorkeur met de middelen erbij en vooral met de conclusie van de advocaat-generaal. Dat zijn allemaal knappe mensen. Ik vraag me af wat nou het hoofdpunt is. Wat is nou interessant? Dan probeer ik de gedachtegang te volgen en daaraan een zinnige voortzetting te geven. En dan denk je soms: dat is gek, dat snap ik niet helemaal. Dan kijk ik wat de advocaat-generaal ervan vindt. Je moet je vooral ook realiseren dat het cassatie is. Het is geen volledige discussie. Soms haalt men uit arresten dingen die de Hoge Raad gezegd zou hebben, maar dat heeft de Hoge Raad dan alleen gezegd omdat het middel zo luidde. De Hoge Raad antwoordt alleen op het middel en gaat in principe niet daarbuiten. Soms doet hij dat wel, dat is dan een *obiter dictum*. Dat doet de Hoge Raad niet vaak, maar de laatste tijd wel weer vaker dan vroeger. Dat is echter riskant, want dan wordt het ineens een algemene regel en die moet helder zijn. Dus daar moeten ze eigenlijk voorzichtig mee zijn. De hoofdtaak van de Hoge Raad is dat ze op de middelen reageren.

Hoe kijkt u eigenlijk aan tegen de veranderende opvatting over wat de Hoge Raad moet doen? Vindt u het goed dat er nu een selectie aan de poort is?

Dat kan ik alleen van buitenaf waarnemen. De voorname reden is dat men niet overstelpt wil worden door allerlei dingen die niet zo belangrijk zijn en die heel veel tijd kosten. Die mensen van de Hoge Raad werken zich rot. De routine is dat ze op donderdag raadkamer hebben. Dan hebben ze een stuk of tien zaken, misschien een paar minder, die echt substantieel zijn en die worden dan verdeeld. Dan gaan ze met een of twee zaken naar huis en dan moeten ze

in het weekend het arrest maken. Ik weet hoe lang ik over een noot doe. Ik heb ook wel eens vonnissen en arresten gemaakt – ik ben ook plaatsvervanger geweest – daar doe ik dagen over. Op z'n minst! Die van de Hoge Raad zitten daar dan in het weekend mee, met een vrouw die zegt, moet je nou alweer werken?

'Van der Grinten heeft eens gezegd, tegen een ander, niet tegen mij: "Als Van Schilfgaarde iets schrijft; je begrijpt er niets van, maar je hebt er altijd wat aan". Dat is toch mooi hè?'

Men heeft het in het ondernemingsrecht wel eens over de Nijmeegse school. Bestaat die? En was er een verschil met de Groningse school?

Ik kan wel omschrijven wat dat is. Nijmegen dat was in de eerste plaats nuchter. Van der Grinten was het toppunt van nuchterheid. Hij was katholiek, maar verder was hij heel nuchter en helder. Hij had een enorm geheugen en een enorme beheersing van de stof. Ik heb hem veel meegemaakt omdat ik in de Commissie vennootschapsrecht zat onder leiding van Van der Grinten. Dat was een feest. In die tijd maakten wij de wetten daar. Wij hadden ook heel goede ambtenaren die erbij zaten. Van der Grinten was zó hartstikke goed. Hij heeft eens gezegd, tegen een ander, niet tegen mij: 'Als Van Schilfgaarde iets schrijft; je begrijpt er niets van, maar je hebt er altijd wat aan'. Dat is toch mooi hè? Maar hij zat in dat oude vennootschapsrechtidee. In 1970 is er een zeer grote omwenteling gekomen waardoor überhaupt het begrip ondernemingsrecht ontstond. En toen ik hoogleraar werd in Groningen ben ik me gaan verdiepen in de NV, en later in de BV. Waar het nu om gaat, dacht ik, is de verhouding tussen de vennootschap en de onderneming. Daar heb ik vreselijk mee geworsteld. Je kunt het nog terugvinden, met name in de eerste druk (P. van Schilfgaarde, *Van de naamloze en de besloten vennootschap*, Arnhem: Gouda Quint 1972, red.). Die onderneming vond Van der Grinten onzin. Dus hij bleef stug vennootschapsrecht schrijven. De onderneming had er volgens hem niks mee te maken. Dat was in die tijd een verschil tussen Nijmegen en Groningen.

'Waar het nu om gaat, dacht ik, is de verhouding tussen de vennootschap en de onderneming. Daar heb ik vreselijk mee geworsteld'

Hoe kijkt u dan aan tegen het vennootschapsrecht van Delaware?

Daar heb ik weinig sjoego van. Ik heb dat Delaware-recht een tijd geleden wel uitvoerig bestudeerd voor de wetgeving op Curaçao en in Suriname. Het is heel anders gestructureerd dan het Europese recht. Dat geldt überhaupt voor het Amerikaanse recht. Het

Delaware-recht is dan nog weer erg vrij en makkelijk toegankelijk. In Nederland gaan wij uit van een tegenstelling tussen contractuele vennootschappen en andere vennootschappen. Die lopen in Delaware veel meer in elkaar over, omdat men daar in wezen nog steeds contractueel denkt. Hier was dat een grote strijd: het verlaten van de contractuele opvatting. Ik denk dat het institutionele idee hier te veel is doorgeslagen. Dat zie je onder andere aan de bv, die ze nu weer helemaal geliberaliseerd hebben. Overigens vind ik daaraan niet alles even goed.

'Het is eigenlijk ook wel idioot dat je een beurs-nv en een niet-beurs-nv hebt in één systeem. Dat klopt ook al niet'

Wat vindt u dan niet goed?

Als ik dat soort dingen zeg, moet je er wel bij bedenken dat ik enorme waardering heb voor die departementale ambtenaren die dat allemaal verzinnen. Echt fantastisch wat ze ervan maken. En het is hartstikke moeilijk. Daarnaast krijgen ze van links en rechts advies. Van allerlei wijze heren en dames krijgen ze te horen hoe het moet. Volgens de een moet het zo en van een andere wijze man horen ze dat het anders moet. Donner had bovendien bedacht dat alles in het openbaar moest. Echt democratisch, maar een stomme streek. Al die voorontwerpen zijn op internet te vinden. Dan krijg je zeven verschillende meningen. Het is een beetje laveren geweest en de uitkomst vind ik op veel punten niet erg goed. Mijn grootste bezwaar is, en dat heb ik van begin af aan gezegd, dat je niet aan de bv kan gaan sleutelen zonder de nv daarbij te betrekken. Want het systeem is, dat ze in principe hetzelfde zijn. Je kunt nu nog zien dat de bv in wezen een kopie van de nv is. Als je de bv structureel gaat veranderen, hoe zit het dan met de nv? Het is eigenlijk ook wel idioot dat je een beurs-nv en een niet-beurs-nv hebt in één systeem. Dat klopt ook al niet. De beurs-nv is een totaal ander ding dan een niet-beurs-nv. De hele functie van de aandeelhouders is volledig anders. Er zijn ontzettend veel regels die voor de beurs-nv anders liggen dan voor de niet-beurs-nv. En aan de andere kant staan er regels in de regeling voor de nv die voor de beurs-nv geen goed idee zijn. En de bv is dan op zijn beurt weer opgehangen aan het nv-recht. Mijn meta-standpunt is dat het institutionele idee, bij nader inzien, typisch geënt is op de beurs-nv. Daar is heel duidelijk sprake van een los van de aandeelhouders bestaand instituut. Dat was dus de verwerping van de contractuele opvatting. Terwijl die verwerping in de doctrine niet via de beurs-nv heeft plaatsgevonden, maar omdat men vond dat de nv en later ook de bv losstond van de maatschap en de vennootschap onder firma. Wat eigenlijk een beetje gek is, zeker als je de bv gaat vereenvoudigen. Want dan mag je weer van alles zelf inrichten en dan is het bijna weer een vennootschap onder firma. In de praktijk werken de meeste bv's natuurlijk ook niet anders, behalve dat er niet-aansprakelijke aandeelhouders zijn. Eigenlijk moet je erkennen dat de bv een heel sterk contractueel element heeft, zeker nu zij zo geflexibiliseerd wordt.

Zou u het dan niet veel beter vinden om in plaats van een onderscheid te maken tussen de bv en de nv een onderscheid te maken tussen een beursvennootschap en een niet-beursvennootschap? Ja, dat zou ik inderdaad veel beter vinden, maar zo zit ons systeem niet in elkaar. En wat gebeurt er nu? Je hebt de nv en de beurs-nv, maar de politieke belangstelling is er vooral voor de beurs-nv. Regelgeving daarover moet dan in het systeem van de nv worden gepast en dan komen er dingen in de nv-regeling te staan die eigenlijk alleen interessant zijn voor de beurs-nv. Dat is in het vennootschapsrecht al eerder misgelopen, omdat het veel te ingewikkeld is geworden door al die EEG-richtlijnen. Van der Grinten zei dan: 'Moet dat nou?' 'Ja, dat moet van de richtlijn', zeiden de ambtenaren, en ze hadden gelijk. Dan zei hij: 'O, Brussel. Alles wat uit Brussel komt is slecht!' Maar grommend en grauwend hebben we het dan toch maar in de wet gezet.

'De gedachte achter harmonisatie is natuurlijk goed. Dat het op den duur alleen maar goed is om de rechtsstelsels zoveel mogelijk op elkaar af te stemmen. Ik denk dat het intellectueel en economisch verstandig is. Maar het is een ontzettend karwei'

Wat vindt u van die Brusselse invloeden?

De gedachte achter harmonisatie is natuurlijk goed. Dat het op den duur alleen maar goed is om de rechtsstelsels zoveel mogelijk op elkaar af te stemmen. Ik denk dat het intellectueel en economisch verstandig is. Maar het is een ontzettend karwei. En het is systematisch niet mooi. Soms viel de bv er weer buiten, en later viel de bv er weer een beetje binnen. Het is verschrikkelijk moeilijk. Nu hebben we het over een andere boeg gegooid in het privaatrecht. Ze proberen geen dwingende voorschriften te maken, maar een soort van model: de *Draft Common Frame of Reference*. Dat lijkt mij een goede benadering. Vooral ook omdat Engeland er bij zit. Het Angelsaksische stelsel is zo anders.

U heeft zich ook veel met het insolventierecht beziggehouden. Hoe kijkt u aan tegen de recente ontwikkelingen?

Ik volg het niet meer zo goed. Ik weet dat het hele ontwerp van Kortmann [het Voorontwerp Insolventiewet, red.] is afgeschoten. Daar is jaren aan gesleuteld. Nu is er met name een drang om maatregelen te nemen die de continuïteit van ondernemingen bevorderen. In principe vind ik het een verdedigbare en ook wel goede gedachte dat je het maatschappelijk belang van een onderneming meer laat tellen dan de belangen van de crediteuren. Maar het blijft natuurlijk een moeilijke afweging. Ik denk dat er een maatschappelijk belang is om het proces van een onderneming die failliet dreigt te gaan zo zacht mogelijk te laten verlopen, en dat die gedachte per saldo ook voor de crediteuren niet slecht is.

'Je kan alleen maar een goed jurist zijn als je ook aandacht hebt voor de sociale werkelijkheid. Dus je moet je breed ontwikkelen en je moet goed gevoel hebben voor de kunsten'

Wat maakt volgens u een goed jurist?

In de eerste plaats vrolijk zijn en een zonnig karakter hebben. Dat heb ik niet altijd hoor. Niet zo zwaar tillen aan allerlei minuscule kwesties. Maar dat is een detail. Je moet je openstellen en breed opstellen naar de maatschappij. Je kan alleen maar een goed jurist zijn als je ook aandacht hebt voor de sociale werkelijkheid. Dus je moet je breed ontwikkelen en je moet goed gevoel hebben voor de kunsten. Dat is het mooie van *Ars Aequi*. Dat heet niet voor niets *ars*. Het is een heel oude term. Het creatieve en kunstzinnige moet op de achtergrond een rol spelen. En je moet je interesseren voor hetgeen je doet en grijp de kansen om juist ook de dingen buiten het intellec-

tuele te doen. Het recht is intellectueel buitengewoon interessant, maar het gaat om de functie die het vervult in de samenleving. Je kunt toch niet alleen recht doen? Dat is uitgesloten.

Daarnaast heb ik taal altijd verschrikkelijk belangrijk gevonden. De juridische wetenschap berust natuurlijk op ideeën, zoals alle geesteswetenschappen. En die ideeën moeten bij voortduring in taal tot uitdrukking worden gebracht. En dat betekent dat het er heel sterk op aankomt hoe je die ideeën in die taal tot uitdrukking brengt. En als je dus ziet dat taal ertoe dient om een idee vorm te geven, dan sluit taal aan de ene kant af. Een idee krijgt door de taal een vaste betekenis. Maar als taal alleen maar afsluit, dan is het afgelopen met de communicatie en daarmee met de rechtsontwikkeling. Dus de taal moet open blijven. Je zou kunnen zeggen: dat is de tragiek van de taal. Dat-ie aan de ene kant bestemd is om vaste vorm te geven, maar aan de andere kant bestemd is juist open te blijven, om creatief te blijven. Dat zie je ook, er zit ontzettend veel ruimte in taal. Ik heb geschreven: recht als taalgang.⁵ Ja, dat is eigenlijk precies wat ik bedoelde. Dat speelt vooral in het recht een rol. Dat betekent dat je voortdurend op het spanningsveld tussen vastleggen en open blijven zit.

5 P. van Schilfgaarde, 'Recht als taalgang', *WPvR* 2010, p. 420-428.