

## Kroniek Algemeen

NTBR 2017/29

**Hoe ziet de toekomst van het privaatrecht in de 21<sup>e</sup> eeuw er aan de andere kant van de wereld uit? Een team van Engelse en vooral Australische juristen bracht het voor ons in kaart. De opkomst van de zzp'er – volgens een collega: 'zelfstandige zonder pensioen' – heeft tot een complexer arbeidsrecht geleid; de Van Drongelens onderzoeken of het niet eenvoudiger kan. Barend van Leeuwen promoveerde op een studie over Europese standaardisering van diensten en de impact daarvan op het privaatrecht. Toezichthouders in Europa zouden volgens Fabrizio Cafaggi en Stephanie Law met elkaar in conclaaf moeten. MIFID II komt er pas in 2018 aan, maar nu al is er een Nederlands-Italiaans handboek aan gewijd. Over trustrecht verscheen een themanummer van de *European Review of Private Law*. Onteigening hoort wellicht niet in NTBR thuis, maar interessante publicaties levert dit rechtsgebied wel op. In den vreemde krijgt Nederlands recht dankzij publicaties in buitenlandse talen toch aandacht. Europees privaatrecht wordt ditmaal vanuit Nederlands en Zweeds perspectief gepresenteerd. Uit Zweden is er voorts de bundel verzamelde geschriften van de processualist Per Henrik Lindblom.**

### 1. Inleiding

Deze laatste kroniek voor de zomervakantie begint met de aankondiging van een bundel opstellen over de toekomst van het privaatrecht in de eenentwintigste eeuw, gezien vanuit een perspectief van de *common law*, meer in het bijzonder die in Australië (par. 2). Amber en Harry van Drongelen schreven een beknopte verhandeling getiteld 'Van arbeids-overeenkomst naar arbeidsverhouding' (par. 3). Dan is er een dissertatie van Barend van Leeuwen, verdedigd aan het Europees Universitair Instituut te Fiesole, over Europese standaardisering van diensten en de impact daarvan op het privaatrecht (par. 4). Ook toezichthouders doen er goed aan om aan een Europese dialoog deel te nemen, aldus Fabrizio Cafaggi en Stephanie Law (par. 5). Financiële markten zijn het thema van een boek geredigeerd door Danny Busch en Guido Ferrarini (par. 6). Onder gastredactie van Luboš Tichý verscheen een themanummer van de *European Review of Private Law* gewijd aan de trust (par. 7).

Hoort onteigening thuis in dit tijdschrift? Er wordt in NTBR in elk geval zelden aandacht aan besteed. Maar laten wij voor eenmaal eens de bakens verzetten; wellicht volgt er dan meer. Aanleiding is alweer de vierde rechtsvergelijken-

de conferentie over onteigening die vorig jaar plaatsvond in Kaapstad (par. 8). Nederlands recht in den vreemde is in deze kroniek een tijd niet aan de orde geweest; aanleiding om de draad weer op te pakken (par. 9). Behalve het Nederlands recht in den vreemde is er nog een onderdeel dat enige tijd onderbelicht is gebleven: het Europees privaatrecht. Dat is deze maand zelfs over twee nrs. verdeeld: vanuit Nederlands (par. 10) en Zweeds (par. 11) perspectief. We sluiten de kroniek af met een Zweedse verzamelbundel voor de processualist Per Henrik Lindblom (par. 12). Beide Zweedse publicaties zijn geheel in het Engels gesteld.

Ik was deze maand niet bij enig aangekondigd werk betrokken; alleen van het in paragraaf 5 aangekondigde werk van Cafaggi en Law verzorgde ik de flaptekst.

### 2. Toekomst van het privaatrecht: het perspectief van down under

In 2002 vond te Brisbane het zestiende congres van de *Académie internationale de droit comparé* plaats. Het is niet duidelijk of het daardoor komt, maar feit is dat sindsdien een niet aflatende stroom rechtsvergelijkende publicaties de hoofdstad van de Noord-Australische staat Queensland – Australiërs spreken van 'the deep North' – verlaat. In de vorige kroniek vroeg ik aandacht voor *Private law and power*. Ditmaal is het een perspectief op de toekomst van het privaatrecht in de eenentwintigste eeuw. De redactie is vrijwel gelijk van samenstelling als die van de eerdere bundel, alleen ontbreekt nu Simone Degeling. Het boek telt zesentwintig bijdragen die zijn verspreid over vijf delen.

Deel I van het boek is getiteld 'Agendas and predictions'. Zijn inleidend hoofdstuk sluit Kit Barker (Brisbane) af met de formulering van de zijns inziens grootste uitdaging van deze eeuw: 'how best to connect the various actors and actions to one another in a way that is most likely to promote our collective ends' (p. 3-28). Dan volgt een opstel over uitdagingen voor het privaatrecht in het algemeen door Andrew Burrows (Oxford). Burrows begint met beantwoording van de vraag van wie de rechtsvorming moet uitgaan: rechter of wetgever. In *R (Prudential)/Special Commissioner of Income Tax* [2013] UKSC 1, [2013] 2 AC 185 bepaalde het UK Supreme Court in meerderheid dat uitbreiding van het verschoningsrecht tot accountants een zaak voor de wetgever was. Burrows neemt hier stelling tegen. Het verschoningsrecht is een rechtsfiguur die is uitgedacht door de rechter en daarom is het ook aan de rechter hier verder vorm aan te geven. Daarnaast zijn er twee praktische argumenten die in deze voor rechtsvorming door de rechter pleiten. In de eerste plaats verkeren we volgens Burrows altijd in het ongewisse wat de wetgever zal bepalen ('the lottery that is Parliamentary law reform'). Voorts kan de wetgever als hij de keuze van de rechter niet deelt daar altijd bij wet op terugkomen. Maar het hoofdbestanddeel van zijn opstel wordt ingeno-

<sup>1</sup> Citeerwijze: E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', NTBR 2017/29, afl. 6. Prof. mr. E.H. Hondius is hoogleraar emeritus Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht.

men door het pleidooi van Burrows voor handhaving van privaatrecht als hoofdvak in de juridische opleiding en een voorstel om in de *common law* vaker met *Restatements* te werken, zoals hij er zelf inmiddels twee, voor *Contract law* en *Unjust enrichment* – eerder in deze kroniek aangekondigd –, tot stand heeft gebracht (p. 29-45).

De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht wordt behandeld door Ken Oliphant (Bristol). Deze komt met enige revolutionaire ideeën, die zijn ingegeven door twee negatieve ervaringen. De eerste bestaat in het feit dat de auteur niet in staat bleek een coherente analyse van het Engelse aansprakelijkheidsrecht te produceren. Hij had daar een lezing over gegeven in het kader van de herdenking van de uitspraak van het *House of Lords* in *Donoghue/Stevenson*, [1932] AC 562 (HL). Het lukte Oliphant gewoon niet zijn voordracht met als titel 'Let's codify the neighbour principle' uit te schrijven. Kennelijk dacht hij: dat kan niet aan mij liggen, dus ligt het aan het aansprakelijkheidsrecht. De tweede negatieve ervaring is met wetgeving van deze eeuw die niets anders beoogt dan bestaande rechtspraak vast te leggen teneinde een gedragsverandering tot stand te brengen. Oliphant roept zijn collega's op zich te verstaan met de publieke discussie over de grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht en behalve de *common law* ook de wetgeving in het vizier te houden (p. 47-65).

Hanoch Dagan (Tel Aviv) schreef eerder over de toekomst van het privaatrecht in 56 *American Journal of Comparative Law* 809 (2008). Thans komt hij tot de volgende conclusie:

"In order for private law to better conform to its normative promise, its carriers must proactively seek to enrich the repertoire of sufficiently distinctive contract types and property forms it offers and furthermore design sufficiently salient and vibrant residual categories for both contract and property. They should also carefully scrutinise the prevailing law in order to examine doctrines that deviate from the obligation of interpersonal accommodation and decide whether to abolish, reform, or reinstate these doctrines given the normative weight of their underlying commitments. Finally, a reinvigorated private law needs to carefully explore the ways it can recruit public law to better secure its horizontal tasks as well as the means by which it can properly respond to public concern while upholding its intrinsic virtue as the guardian of relational justice." (p. 67-87).

Warren Swain (Auckland) heeft forse kritiek op de wijze waarop het onderwijs in het contractenrecht in Australië vorm heeft gekregen: "Even the most dim-witted student can recall the case of *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co*, [1893] 1 QB 256 (CA), in large part perhaps, for the very reason that the facts have such an aura of unreality about them." (Zie over dit arrest ook L. Leber, *De patronaatsverklaring*, diss. Utrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 224). Swain heeft geen enkele hoop dat dit in Australië ooit nog goed zal komen: "Most of the significant body of recent contract

scholarship is produced in the United States". Niet dat de Amerikanen het goed doen: "does any of this work have much influence on judges anyway?" (p. 89-104).

Deel II van het boek ziet op wetgeving, codificatie en de rol van de *common law*. Martin Hogg (Edinburgh) schetst de positie van het Schotse recht op het snijvlak van *common* en *civil law*. Hij pleit voor codificatie van het Schotse recht want "codification would bring the law closer to the public, making it more accessible and encouraging a greater sense of individual participation in the legal order". Codificatie zal wel een slordige duit gaan kosten, "but the positive results would have an enduring economic value". Hogg moet wel erkennen dat codificatie "is not a subject which puts fire into the bellies of the public" (p. 107-129).

Wendy Bonython (Canberra) wijst er op dat in het aansprakelijkheidsrecht wetgeving niet steeds de uitzondering is en precedentenrecht de hoofdlijn bepaalt (p. 131-153). Darryn Jensen (Canberra) schrijft over *constructive trusts* in de Marshall eilanden in de Grote Oceaan, die in 1986 hun onafhankelijkheid van de Verenigde Staten verwierven (p. 155-169).

In deel III gaat het om *complex systems and interactions*. Een van die raadselachtige figuren van de *common law* is het verschijnsel van *equity*. Henry Smith (Harvard) wijdt zijn opstel aan de vraag of en in hoeverre *equity* en *common law* dienen te fuseren. De afzonderlijke rechtsgang is al lang verleden tijd, maar hoe de twee zich verder verhouden is nog geenszins helder (p. 173-195). Over de verschillende vormen van *accessory liability* bericht Joachim Dietrich (Gold Coast) (p. 197-211).

Hugh Collins (Oxford) belicht de opkomst van fundamentele rechten in het privaatrecht (p. 213-235). T.T. Arvind (Newcastle) en Joanna Gray (Birmingham) belichten de toekomst van het privaatrecht in de regulerende staat. Zij doen dat onder meer aan de hand van *ABN AMRO Bank/Bathurst Regional Council* [2014] FCAFC 65 over de derivaten die een Nederlandse bank zonder afdoende toelichting aan Australische lagere overheden verkocht (p. 237-255). Ook Joshua Getzler en Alexandra Whelan belichten financiële markten maar dan op het punt van ratingbureaus – verordening nr. 462/2013 van 21 mei 2013 (p. 257-279).

Een bekend probleem in de Nederlandse gezondheidszorg is dat het enerzijds valt toe te juichen als zorgverleners per ommegaande hun excuses aanbieden voor gemaakte fouten, aansprakelijkheidsverzekeraars daar anderzijds in hun polisvoorwaarden een barrière tegen opwerpen. Zoals ook in ons land is verdedigd, bepleit Prue Vines (Sydney) bij wet vast te leggen dat het aanbieden van verontschuldiging *niet* tot afwijzing van verzekeringsdekking kan leiden (p. 281-299). Robyn Carroll (Perth) en Jeffrey Berryman (Windsor) geven aan dat ditzelfde probleem in Australië en Canada speelt (p. 479-499). Genevieve Grant *et al.* (Melbourne) analyseren het probleem dat zich voordoet indien een som ineens ontoereikend blijkt als schadevergoeding (p. 301-322).

Deel IV telt onder het opschrift 'new remedies, technologies and intangible interests' acht bijdragen. Andrew Tettenborn (Swansea) toont aan dat de *common law*, anders dan *civil lawyers* wel denken, zowel partiële als algehele opschortingsrechten kent (p. 325-342). James Edelman (Canberra) bespreekt de vraag of recht op vergoeding bestaat voor onrechtmatige opsluiting zonder dat enige schade is geleden. In *R (on the application of Lumba (Congo)) Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, [2012] 1 AC 245 wees het UK Supreme Court een dergelijke vordering met 6 tegen 3 stemmen af. In *Fernando by his Tutor Ley/Commonwealth of Australia* [2015] HCA Trans 286 kwam een soortgelijke claim aan bod. Edelman wijst op de inbreuk op de autonomie als mogelijke grondslag voor deze vordering, maar waarschuwt daarbij wel tot terughoudendheid. Wat in deze bijdrage als vaker verrast, is dat 90% van de geciteerde rechtspraak niet uit Australië, maar uit Engeland komt (p. 343-362). Tsachi Keren-Paz (Keele) werpt hetzelfde probleem op, maar dan vanuit de casus dat een consument zonder dit te beseffen voedsel tot zich neemt dat hij op ethische of religieuze gronden had willen vermijden – zie *Bhamra/Dubb* [2010] EWCA Civ 13 (p. 411-437).

Eliza Mik (Singapore) analyseert het recente verschijnsel van *persuasive technology*: internetbedrijven zoals *Google*, *Amazon* en *Facebook* die het gedrag van hun cliënten proberen te reguleren (p. 363-387). Erika Chamberlain (Western Ontario) acht het een voorrecht in deze eeuw getuige te zijn van de geboorte en jeugd van een geheel nieuwe onrechtmatige daad, die van 'harmless breach of privity' (p. 389-410). Anne Schuurman en Zoë Sinel (beiden Western Ontario) zoeken naar een verklaring voor het feit dat emotionele schade moeilijker te claimen lijkt dan fysiek letsel (p. 439-461). David Rolph (Sydney) analyseert de interactie tussen laster en privacy (p. 463-478).

De bundel wordt in deel V besloten met drie opstellen over uiteenlopende onderwerpen. Over *tort and neo-liberalism* handelt de bijdrage van Annette Morris (Cardiff). Anders dan bij ons lijkt de aansprakelijkheid *down under* niet uit te dijen, maar integendeel in te krimpen (p. 503-526). De hervorming van het Australische rechtsbedrijf wordt geanalyseerd door Francesca Bartlett (Brisbane) in wier bijdrage zowel de kosten als de vraag of een advocaat enkel het belang van zijn cliënt als hoogste goed dient te zien (p. 527-546). 'Private law in the age of the "vanishing trial"' luidt de titel van het opstel van Carlo Vittorio Giabardo (Turijn) die procespartijen als smeerolie voor het functioneren van het rechtsbedrijf ziet (p. 547-560).

De toekomst van het (privaat)recht is een breed thema, wat blijkt als men deze uitgave legt naast vergelijkbare publicaties over de toekomst van het recht in het algemeen van het *Hague Institute for the Internationalisation of Law* en van het privaatrecht van Jan Smits.

In hoeverre laat Australië zich door auteurs uit ons land inspireren? In het voorbijgaan merkte ik in dit boek de namen op van Tom Barkhuysen, Bibi van den Berg, Erhard Blankenberg, Willem van Boom, Olha Cherednychenko, Cees

van Dam, Martijn Hesselink, Mireille Hildebrandt, Siewert Lindenbergh, Chantal Mak, Jos de Mul, Antoinette Rouvroy en Alex Voorhoeve: geen slechte oogst.

(Kit Barker, Karen Fairweather & Ross Grantham (red.), *Private law in the 21st century*, Oxford: Hart 2017, 567 p.; Sam Muller et al. (red.), *The law of the future and the future of law*, Oslo: Torkel Opsahl 2011, 778 p.; Jan Smits, Het privaatrecht van de toekomst, *TPR* 2015, p. 517-547)

### 3. Van arbeidsovereenkomst naar arbeidsverhouding

Bij de verkiezingen voor de Tweede Kamer van afgelopen maart was een van de thema's het ontslagrecht. Zo veelvuldig wordt tegenwoordig voor flexibele arbeidsrelaties geopteerd, dat de wetgever zich genoodzaakt heeft gezien in te grijpen. Brengt dat niet mee dat de omschrijving van de arbeidsovereenkomst aanpassing behoeft? De Van Drongelens zochten het voor ons uit. De omschrijving van de arbeidsovereenkomst is sinds 1909 niet meer veranderd, behoudens enige wijzigingen bij de invoering van het nieuw BW. Hoe wij aan de huidige omschrijving zijn gekomen, zetten zij uiteen in hun tweede hoofdstuk. Vervolgens geven zij aan tot welke discussie de wettelijke omschrijving aanleiding heeft gegeven. In een vierde hoofdstuk analyseren zij de drie elementen van de arbeidsovereenkomst: arbeid, loon en gezagsverhouding. Het onderscheid tussen werknemer en een zelfstandige zonder personeel illustreren de auteurs met enige uitspraken inzake pakketbezorging. Ten slotte gaan zij na of de arbeidsverhouding regeling verdient. Dat is huns inziens het geval. Daarbij willen zij, verrassend, aansluiting zoeken bij art. 1 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945.

De regeling die de auteurs voor ogen staat luidt:

- “1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:
  - a. werknemer:
    - 1°. Degene die zich verbindt op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst van een ander tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten;
    - 2°. Degene die zich verbindt tegen een vergoeding in de onderneming van de andere partij onder diens leiding en toezicht arbeid te verrichten die in die onderneming pleegt te worden verricht, tenzij die arbeid wordt verricht in de uitoefening van beroep of bedrijf;
  - b. werkgever:
    - 1°. De ander, bedoeld in onderdeel a onder 1°;
    - 2°. De natuurlijke of rechtspersoon in wiens onderneming de in onderdeel a onder 2° genoemde arbeid wordt verricht.

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. *arbeidsverhouding*: de rechtsbetrekking tussen de werkgever en werknemer;
- b. *onderneming*: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch;
- c. verband waarin de in lid 1 onderdeel a onder 2° bedoelde arbeid wordt verricht.”

(Amber van Drongelen, Harry van Drongelen, *Van arbeids-overeenkomst naar arbeidsverhouding*, Zutphen: Paris 2016, 65 p.)

#### 4. **Europese diensten: invloed van regulering op het privaatrecht**

Onlangs verscheen bij Hart de dissertatie van Barend van Leeuwen over standaardisering van dienstverlening in Europa. Het proefschrift werd verdedigd aan het Europees Universitair Instituut te Fiesole. De auteur studeerde rechten in Cambridge en Brugge alvorens zijn promotie-onderzoek in Fiesole te verrichten. Hij is thans verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. In Fiesole was Van Leeuwen betrokken bij een onderzoeksproject van Hans Micklitz, het *European Regulatory Private Law* project (ERPL; niet te verwarren met de *European Review of Private Law*). Uitgangspunt van het project is dat ERPL een op zichzelf staand stelsel is. Onderzocht wordt de interactie van dat stelsel en nationale rechtstelsels. Privaatrecht krijgt daarbij een ruime omschrijving, inclusief anti-discriminatierecht, handelspraktijken, mededingingsrecht, overheidssteun, aanbesteding, standaardisering van diensten, gezondheid en veiligheid en levensmiddelenrecht. De onderzoeksmethode is die van empirisch onderzoek. Zo heeft Van Leeuwen voor zijn onderzoek een flink aantal interviews afgenomen. Na een studie van de convergentie in het privaatrecht en van standaardisering, bespreekt hij achtereenvolgens de gezondheidszorg, de reisindustrie, algemene voorwaarden en mededingingsrecht. Zijn conclusie is dat de standaardisering van diensten iets geheel anders is dan standaardisering van goederen.

De auteur komt met twee aanbevelingen: ‘the Commission should take a more prominent role in European standardization of services’ en ‘CEN should reconsider the requirements for the start of a European standardisation process’.

(Barend van Leeuwen, *European standardisation of services and its impact on private law/Paradoxes of convergence*, diss. Europees Universitair Instituut, Oxford: Hart 2017, 231 p.)

#### 5. **De Europese dialoog: ook voor toezichthouders**

Onder redactie van Fabrizio Cafaggi (LUISS) en Stephanie Law (Luxemburg) verscheen deze zomer een bundel opstellen over de ontwikkeling van een Europees privaatrecht, in het bijzonder vanuit het perspectief – het wordt niet genoemd in de titel – van het consumentenrecht. De focus van het boek is – dat komt wel in de titel tot uitdrukking – ligt op de impact van de rechterlijke dialoog op Europees pri-

vaatrecht. Die rechter is de nationale rechter, het Europese Hof van Justitie of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dit thema is niet helemaal nieuw. Wat wel nieuw is, is dat de auteurs ook ingaan op de opkomende dialoog tussen toezichthouders. In hun inleidend hoofdstuk belichten de beide redacteuren de relatie tussen Europees recht en nationaal privaatrecht. Dit zijn voornamelijk regels van materieel recht, maar in toenemende mate maakt Brussel ook gebruik van procesrecht. De rechterlijke dialoog wordt vooral gevoed door het toenemend aantal prejudiciële vragen. Deze wordt bijvoorbeeld gehanteerd als het Franse *Cour de cassation* voorziet dat een te wijzen arrest gaat afwijken van de jurisprudentie van een andere hoogste nationale rechter. Deze inleiding bevat tenslotte een samenvatting van de overige inhoud van de bundel.

Christiaan Timmermans (Brussel) analyseert in zijn bijdrage ‘Looking behind the scene of judicial cooperation in preliminary procedure’ de betekenis van Europese rechtspraak inzake onrechtmatige overheidsdaad, zoals in *Francovich* (C-6/90), *Brasserie du Pêcheur* (C-46/93), *Factortame* (C-48/93), *Köbler* (C-224/01) en *Traghetti del Mediterraneo* (C-173/03) alsmede *Laval* (C-341/05) en *Viking Line* (C-438/05). Timmermans acht het mogelijk ‘that a particular solution developed by the CJEU in its case law is transplanted by national courts to purely national situations falling outside the scope of Union law’. Een van de moeilijkste onderwerpen bij de dialoog van nationale rechters en het Europese Hof betreft de fundamentele rechten. Marak Safjan (Luxemburg, Warschau) schetst dit dilemma in zijn bijdrage ‘Fields of application of the charter of fundamental rights and constitutional dialogue in the European Union’ als volgt:

“The reason for potential disputes related to these questions is rather simple and almost self-evident: the ECJ, as well as the national constitutional courts, are the very guarantors of respect of fundamental rights and that function is enshrined in the ethos of each supreme jurisdiction.”

Anthony Scirica (3d Circuit, Philadelphia) levert in zijn opstel ‘The structure of US federal and state courts and mechanisms for formal and informal resolution of conflicts’ commentaar op het streven van onderzoekers van het Europees Universitair Instituut om “judicial interaction” beginselen te formuleren teneinde juristen een kompas aan te reiken “in resolving conflicts between legal systems within the EU. These principles include: (1) consistent interpretation, (2) preliminary reference, (3) proportionality, (4) comparative reasoning, (5) mutual recognition, (6) disapplication, and (7) deferential techniques. Collectively, these concepts seek to promote coherence and coordination in the protection of fundamental rights”.

Fernando Gomez Pomar (Barcelona) en Karolina Lyczkowska schrijven over ‘Spanish courts, the European Court and consumer law: some thoughts on interaction’. Het is interessant dat juist Spaanse auteurs hierover het woord voeren,

immers veel ook bij ons bekende prejudiciële vragen over consumentenrecht zijn afkomstig van Spaanse rechters: *Océano* (C-240/98), *Mostaza Claro* (C-168/05), *El Corte Inglés* (C-192/94), *Banesto* (C-618/10) en *Aziz* (C-415/11).

Mónika Józson vergelijkt in haar opstel 'The methodology of judicial cooperation in unfair contract terms law' de interactie tussen de nationale rechter in Hongarije en Roemenië en het Europese Hof op het gebied van oneerlijke contractsbedingen. Vóór 1990 had consumentenbescherming in deze twee landen weinig te betekenen. Maar sindsdien is in zo'n honderd zaken over oneerlijke contractsbedingen uitspraak gedaan. Bij het consumentenkrediet ligt dit aantal zelfs op enige duizenden zaken.

Stephanie Law werpt de vraag op 'The CJEU's interpretation of the consumer: what significance of judicial cooperation?'. Zij noemt een aantal van 64 zaken over consumentenbescherming die momenteel bij het Europese Hof aanhangig zijn. Aurelia Colombi Ciacchi (Groningen) licht ons voor over 'European fundamental rights and private litigations: patterns of conflict and judicial dialogue'. Fabrizio Cafaggi sluit af met een bijdrage 'On the transformations of European consumer enforcement law: judicial and administrative dialogues, instruments and effects'. Hij wijst hierin op het toenemend belang van art. 47 Europees Sociaal Handvest.

(Fabrizio Cafaggi, Stephanie Law (red.), *Judicial cooperation in European private law*, Cheltenham: Elgar 2017, 296 p.)

## 6. Financiële markten

Sinds 2007 gelden in Europa MIFID I en MIFID I transposierichtlijn. Op 3 januari 2018 zal MIFID I plaats maken voor MiFID II. Dit zal leiden tot een grondige herordening van het Europese kapitaalmarkten (financieel) recht. Voor degenen die dan geheel *au fait* willen zijn, is er nu al een Engelstalig handboek, geredigeerd door Danny Busch (Nijmegen) en Guido Ferrarini (Genua). Het boek telt 23 hoofdstukken die hier slechts puntsgewijs kunnen worden aangeduid. Na een inleiding van beide redacteuren volgen bijdragen over het toepassingsgebied van MIFID II door Kitty Lieveise (Loyens & Loeff), *governance* bij investeringsfirma's door Jens-Hinrich Binder (Tübingen), de verplichting om te handelen in het belang van de cliënt door Luca Enriques (Oxford) en Matteo Gargantini (Luxemburg), producten *governance* door Danny Busch, onafhankelijk financieel advies door Paolo Giudici (Bolzano), tegenstelling van belangen door Stefan Grundmann (Fiesole) en Philip Hacker (Fiesole), aanjaagpremies ('inducements') door Larissa Silverentand (Nauta Dutilh), Jasha Sprecher (Nauta Dutilh) en Lisette Simons (Nauta Dutilh), vertegenwoordiging door Danny Busch, MIFID en ondernemingen in derde-landen door Danny Busch en Marije Louise (Loyens & Loeff), infrastructuurle groepen op financiële markten door Guido Ferrarini en Paolo Saguato (Georgetown), *governance* en transparantie door Niamh Moloney (Londen).

Groeimarkten voor MKB worden besproken door Rüdiger Veil en Carmine Di Noia (Rome), *dark trading* – die door MIFID II zal afnemen maar niet geheel zal verdwijnen – door Peter Gomber en Ilya Gvozdevskiy (beiden Frankfurt), derivaten door Rezah Stegeman en Aron Berket (beiden Simmons & Simmons), *commodity* derivaten door Antondella Sciarrone Alibrandi en Edoardo Grossule (Milaan), algoritmen en *high-frequency trading* door Pierre-Henri Conac (Luxemburg), MIFID II en *equity* door Marritt Fox (New York), publieke handhaving van MIFID II door Christos Gortsos (Athene), MIFID I en II en privaatrecht door Danny Busch, MIFID II en andere regels van bescherming van investeerders door Veerle Colaert (Leuven), schaduwbankieren en financiële markten door Eddy Wymeersch (Gent) en *crowdfunding* door Guido Ferrarini en Eugenia Machiavello (Genua).

(Danny Busch, Guido Ferrarini (red.), *Regulation of the EU financial markets/MiFID II and MiFIR*, Oxford: University Press 2017, 709 p.)

## 7. Trustrecht

De trustfiguur is ons allemaal bekend van de *common law*. Maar op het Europese continent is de trust ook bezig aan een geleidelijke opmars. Per 1 januari 2014 is in Tsjechië een nieuw Burgerlijk Wetboek van kracht. De artikelen 1400-1474 daarvan bevatten een regeling van de trust. Dat was een goede aanleiding voor Luboš Tichý om hierover twee jaar geleden, op 15 en 16 mei 2015 in Praag een colloquium te organiseren. De inleidingen zijn gepubliceerd in het laatste nummer van de *European Review of Private Law* van vorig jaar. Het themanummer bevat naast de inleiding van de gastredacteur dertien opstellen.

De Canadese provincie Québec is een van de *civil law* stelsels die recentelijk de trustfiguur in hun Burgerlijk Wetboek hebben geïntroduceerd. Québec heeft dat niet zoals de Fransen in het verbintenissenrecht gedaan, maar in het goederenrecht. Blijkens art. 1260 'La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer'. Ook de Tsjechen hebben voor de goederenrechtelijke weg gekozen. In Québec weet men volgens Alexandra Popovici (Montréal) ook twintig jaar na de invoering nog altijd niet goed hoe met de trust om te gaan (p. 929-950). William Swadling (Oxford) verklaart de Tsjechische benadering van trust uit onbegrip van de *common law* (p. 951-972).

Het Nederlandse recht moet het tot dusver zonder de trustfiguur stellen. Niettemin zijn er wel vergelijkbare instituten aan te wijzen, aldus Wino van Veen en Hjalmar Duin (beiden VU Amsterdam). Maar introductie bij wetgeving zou volgens hen van ons land niettemin een forse inspanning vereisen (p. 973-994). De trust-notie is Karsten Schmidt (Hamburg) meer een resultante van de vindingrijkheid van advocaten in het contractenrecht dan van de

wetgever (p. 995-1010). Een van de klassiekers van het Engelse trust-recht is *Saunders/Vautier*, 49 *ER* 533. Vladimir Ambruz (Praag) onderzoekt welke betekenis dit arrest voor het Tsjechische recht heeft (p. 1011-1030). Ook Lionel Smith (Montréal) vergelijkt de *common law* met de trust-regels van Québec en Tsjechië (p. 1031-1052). Corrado Malberti (Trento/Luxemburg) bespreekt de regeling van de *fiducie* in Frankrijk, Italië, Luxemburg en San Marino (p. 1053-1074).

Lucie Josková (Praag) bespreekt twee aspecten van het nieuwe Tsjechische recht: de hoedanigheid die vereist is om *trustee* te worden en de afhankelijkheid van de verplichting om zorgvuldig op te treden van de beroepsbeoefening van de *trustee* (p. 1075-1090). Rainer Kulms (Hamburg) noemt als voordeel van trust bij wege van investeringsmogelijkheid belastingontwijking, efficiënt fondsmanagement en immuniteit tegen claims van derden. Hij bespreekt in dat kader de regelgeving van Liechtenstein en Luxemburg (p. 1091-1118). De trustfiguur is volgens sommige auteurs niet geheel zonder risico. Maar Alexandra Braun (Oxford) geeft aan dat de trust althans in Italië geen grote problemen heeft veroorzaakt (p. 1119-1140). Oonagh Breen (Dublin) behandelt het toezicht op charitatieve trusts in de *common law* (p. 1141-1164).

De lezers van dit blad zullen ermee bekend zijn dat de trust in ons land voor het eerst via het internationaal privaatrecht voet aan de grond zette, maar hoe gebeurde dat precies? Het is daarom goed dat Luboš Tichý de internationaal privaatrechtelijke aspecten van de trust in het algemeen bespreekt (p. 1165-1188). Het zal de lezer inmiddels duidelijk zijn dat er op het punt van de trust een groot verschil bestaat tussen *common law* en *civil law*, maar er is sprake van een zekere mate van convergentie. István Sándor (Boedapest) pleit er voor om deze convergentie, die ook hij als onontkoombaar beschouwt, behoedzaam tegemoet te treden (p. 1189-1216).

(Luboš Tichý (red.), *Trust law*, *ERPL* 2016, p. 927-1254)

## 8. Onteigening: de verloren zoon

Hoort onteigening thuis in dit tijdschrift? Er wordt in elk geval zelden aandacht aan besteed. Maar laten wij voor eenmaal eens de bakens verzetten; wellicht volgt er dan meer. Aanleiding is alweer de vierde rechtsvergelijkende conferentie over onteigening die vorig jaar plaatsvond in Kaapstad. Deze gaat uit van het project *Rethinking expropriation law*, dat geleid wordt door Björn Hoops (Groningen), Ernst Marais (Johannesburg), Hanri Mostert (Kaapstad), Jacques Sluysmans (Nijmegen) en Leon Verstappen (Groningen). Onder redactie van deze vijf deskundigen zijn inmiddels twee boeken verschenen: *Rethinking expropriation law I: Public interest in expropriation*, Den Haag: Eleven, 2015 en *Rethinking expropriation law II: Context, criteria, and consequences of expropriation*, Den Haag: Eleven, 2015.

In het eerste deel geeft Leon Verstappen inleidende beschouwingen over het thema (p. 15-36). Sabrina Praduroux

zet de constitutionele en mensenrechtelijke dimensie naar Italiaans en Frans recht uiteen (p. 37-58). Hanri Mostert zoekt een verklaring voor het gebrek aan precedenten in Zuid-Afrika en betreft daarbij ook het apartheidsregime (p. 59-92). John Lovett schetst het onteigeningsrecht in twee Amerikaanse deelstaten: Michigan en Louisiana (p. 93-124). Rachael Walsh zet het *public interest* vereiste naar lers recht uiteen (p. 125-152). Het onteigeningsrecht in Zimbabwe wordt vergeleken met dat van Zuid-Afrika door Heinz Klug (p. 153-184). Jacques Sluysmans en Nikky van Triet maken een vergelijking tussen Nederlands, Belgisch, Frans, Engels en Zuid-Afrikaans onteigeningsrecht (p. 185-208). Eduardo Peñaver analyseert het Koontz-arrest van het *US Supreme Court* van 2013 (p. 209-236). Björn Hoops onderzoekt de democratische legitimiteit (p. 237-274). Michael Heller en Rick Hills beschrijven *the 'land assembly districts' solution to third-party transfers* (p. 279-298). Magdalena Habdas geeft een schets van Pools onteigeningsrecht (p. 299-330). B.V. Slade gaat in op Zuid-Afrikaans onteigeningsrecht en de Grondwet (p. 331-348). Hanoch Dagan – we komen zijn naam vaker in deze kroniek tegen – schetst de relatie met *distributive justice* (p. 349-368). Elmien du Plessis schrijft over 'the public purpose requirement' (p. 369-388). Brendan Edgeworth ten slotte beschrijft recente Australische rechtspraak (p. 389-409).

Deel II bevat bijdragen van Leon Verstappen, Saskia Roselaar (Romeins recht), Imre Andorkó (Hongarije), Stijn Verbist (Vlaanderen), Ting Xu (China), Gregory Alexander ('consequential reasoning'), Björn Hoops (de Kelo-zaak), Carola Glinski (de *Vattenfall*-zaak), Eran Kaplinsky en David Percy (Canada), Douglas Harris en Nicole Gilewicz (*condominium*), Jacques Sluysmans en Myrthe Nielen (*good governance*), Sjur Dyrkolbotn (Noorwegen), Shai Stern (*residential communities*). Aan het slot van deel II is een overzicht van de auteurs te vinden. Beide delen zijn om niet downloadbaar.

(Björn Hoops, Ernst Marais, Hanri Mostert, Jacques Sluysmans en Leon Verstappen (red.), *Rethinking expropriation law I: Public interest in expropriation*, Den Haag: Eleven 2015, 308 p.; Björn Hoops, Ernst Marais, Hanri Mostert, Jacques Sluysmans en Leon Verstappen (red.), *Rethinking expropriation law II: Context, criteria, and consequences of expropriation*, Den Haag: Eleven 2015, 296 p.)

## 9. Nederlands recht in den vreemde

Twee Engelstalige publicaties over Nederlands recht zijn deze maand te melden. In *NIPR* verscheen onder gastredactie van Sierd Schaafsma (Leiden) een themanummer over ipr en auteursrecht. Paul Torremans (Nottingham) schrijft over 'The law applicable to copyright infringement on the Internet', Sierd Schaafsma over 'Multiple defendants in intellectual property litigation'.

Michael Kant (Groningen) belicht 'The Unified Patent Court and the Brussels I bis Regulation', M. van Eechoud doet een poging tot 'Bridging the gap: Private international law principles for intellectual property law'. D. Moura Vicente ten

slotte bespreekt 'The territoriality principle in intellectual property revisited'.

En in een Noorse periodiek analyseren Rosalien Diepeveen (Utrecht), Tineke Lambooy (Utrecht) en Remko Renes (Nijenrode) 'the two-pronged approach of the (semi-) Legal norms on gender diversity: exploratory empirical research on corporate boards of Dutch listed companies'. Na een onderzoek gebaseerd op literatuurstudies, verrichten de auteurs een empirisch onderzoek naar handhaving van de Nederlandse governance code. Hun conclusie – die inmiddels ten dele al in vervulling is gegaan – luidt:

“On 8 December 2016 the Committee will publish a revised Code. On the basis of the Proposal for Consultation, and the more than 100 responses to this Proposal,<sup>126</sup> it is anticipated that the topic of gender equality and diversity in corporate boards still will be addressed therein. Moreover, the EU Directive 2014/95 will become effective as of 2017 requiring that large companies pay considerable attention to the theme of diversity and report on their strategies in their annual reports. We see ample room for future research in this field, in The Netherlands and elsewhere. The topics of gender and board diversity are at the centre of attention of large companies, human resource departments, legislators, regulators, academics, and civil society.”

(Rosalien Diepeveen (Utrecht), Tineke Lambooy (Utrecht) en Remko Renes (Nijenrode) 'The two-pronged approach of the (semi-) Legal norms on gender diversity: exploratory empirical research on corporate boards of Dutch listed companies', *University of Oslo faculty of law Legal studies research paper series*, vol. 8 No. 2, 04/06/2017; Sierd Schaafsma (red.), Themanummer IE, *NIPR* 2016/4)

## 10. Europees privaatrecht NL

Het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht (*CELS*) lijkt geheel van de baan, alleen de academische literatuur druppelt nog wat na. Daarentegen is opeens een veel besproken thema dat van privaatrecht en regulering. Het in par. 3 hierboven aangekondigde proefschrift van Barend van Leeuwen en de in par. 5 vermelde bundel van Fabrizio Cafaggi en Stephanie Law zijn er het bewijs van. Eén andere publicaties wil ik in dit verband vermelden: die van Folkert Geert Wilman over Europese regelgeving van particuliere handhaving.

De tijd is voorbij dat Europese regelgeving uitsluitend door overheidsinstanties werd gehandhaafd. In zijn Leidse dissertatie geeft Folkert Wilman een overzicht. Van het proefschrift is onder iets andere naam een handelseditie verschenen en voor degenen die dit nog te veel leeswerk vinden verscheen in de *Common Market Law Review* een handzame samenvatting. Bij handhaving zal men veelal denken aan optreden van de overheid. Maar juist in Europa geschiedt die handhaving vaak door particuliere partijen. Dat is voor-

al aan het Europese Hof – Van Gend & Loos, C-26/62, gevolgd door Francovich C-6 & 9/90 en Courage C-453/99 – te danken. Wetgeving over handhaving is daarentegen buitengewoon schaars.

(F.G. Wilman, 'The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for', *Common Market Law Review* 53 887-936 (2016); Folkert Wilman, *Private enforcement of EU law before national courts/The EU legislative framework*, diss. Leiden, Cheltenham: Elgar 2015, 656 p.)

## 11. Europees privaatrecht: een Zweeds perspectief

Deze kroniek pleegt te worden afgesloten met het laatste nieuws uit Brussel, Luxemburg en Straatsburg over Europees privaatrecht. Of liever: placht, want dit onderdeel ligt momenteel wat stil – vanuit Nederlands perspectief. Uiteraard kan ook het perspectief van een ander rechtstelsel worden gekozen. Het Zweedse recht, bijvoorbeeld. Op 22 en 23 april 2013 vond in Stockholm een conferentie plaats van het *Swedish Network for European Legal Studies*. Dit jaar verschenen de inleidingen voor de conferentie in druk, onder redactie van Annina Persson en Eleonor Kristoffersson, beiden tegenwoordig verbonden aan de Universiteit van Örebro.

De bundel telt vier delen. Deel I bevat bij wege van inleiding één bijdrage van Michael Rainer die 'true harmonization in Europe' bepleit. Een van zijn speerpunten is een aanval op het Engels als enige Europese taal: 'This weakness has proved to be fatal in the past' (p. 3-10). Ook deel II beslaat een enkel opstel, van Daniele Mattiangeli en Lisa Katharina Promok over de historische Romeinsrechtelijke wortels van continentaal recht:

“Fundamental to an understanding of the different modern legal systems in Europe (...)” (p. 13-19).

Ruim de helft van het boek bestaat uit bijdragen over harmonisatie van privaatrecht in Europa. Internationale regelcomplexen als het *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, de *Principles of European Contract Law (PECL)* en de *Principles of European Tort Law (PETL)* zijn vaak de speelbal van academici. Yolanda Bergel Sainz de Baranda (Madrid) toont aan dat deze Europese initiatieven zowel op de rechtspraak van het *Tribunal Supremo* als op de lagere Spaanse rechtspraak invloed hebben: alleen al art. 4:102 lid 1 *PETL* werd in de periode 2007-2011 niet minder dan 35x door lagere Spaanse rechters geciteerd (p. 23-39).

Eleonor Kristoffersson analyseert de ongerechtvaardigde verrijking naar Zweeds en Unierecht (p. 41-52). De Frans-Canadese rechtsvergelijker Pierre Legrand heeft eens geschreven dat rechtsvergelijking zo moeilijk is dat eigenlijk niemand – behalve hij zelf (?) – daar iets van begrijpt. Datzelfde doet zich volgens Johan Sandstedt (Stockholm) voor

bij eigendom, waar het Noords functionalisme en Europees-continentaal substantialisme met elkaar in de clinch liggen (p. 53-75). Carolina Saf (Stockholm) schrijft over de internationaalprivaatrechtelijke aspecten van harmonisatie van materieel recht (p. 77-113). Lars Gorton (Lund) geeft de voorkeur aan mondiale maatregelen tot harmonisatie van handelsrecht boven optreden van Europa (p. 115-155).

Het vierde en laatste deel bevat twee bijdragen over de toekomst van Europees privaatrecht. Karin Wallin-Norman (Hägersten) zekerhedenrecht (p. 159-173). Ola Zetterquist (Göteborg) werpt een constitutionele blik op het pluralisme en de eenheid van Europees privaatrecht (p. 175-181). Het boek bevat registers van rechtspraak en wetgeving alsmede een trefwoordenregister. Een auteurslijst ontbreekt.

Het Zweedse netwerk verzorgt meer publicaties. Sinds 2008 verschijnt elk jaar een Zweedstalige uitgave *Europaperspektiv*. Voorts geeft het netwerk Engelstalige boeken over Europees recht vanuit Zweeds perspectief uit. Is er op het gebied van Europees recht een band tussen Nederland en Zweden? Laten we de proef op de som nemen: Steven Bartels, Bob Brouwer, Danny Busch, Filip De Ly, Sjef van Erp, Jaap Hage, Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, uw kroniekschrijver, Hugo van Kooten, Chantal Mak, Michael Milo, Edgar du Perron, Harriët Schelhaas, Wendy Schrama, Jan Smits, Henk Sniijders, Lars van Vliet en Erik Jan Zippo worden in het boek geciteerd.

(Annina Persson, Eleonor Kristoffersson (red.), *Swedish Perspectives on Private Law Europeanisation*, Swedish Studies in European Law vol. 9, Oxford: Hart 2017, 196 p.)

## 12. Procesrecht uit Zweden

Een van de meest interessante processualisten uit Scandinavië is momenteel de Zweedse emeritus (Uppsala) Per Henrik Lindblom. Onlangs deed Lindblom twaalf Engelstalige opstellen uit de periode 1985-2015 in boekvorm het (weder)licht zien. Waarover handelen deze opstellen? De themata zijn het proces in de rechtszaal en maatschappelijke ontwikkelingen (vrij naar Hamlet's aansporing 'to suit the action to the word, the word to the action'), zien in het donker (een recensie in *RabelsZeitschrift* 1993 van Mauro Cappelletti's *The judicial process in comparative perspective*), de groeiende betekenis van de rechter (zeker ten opzichte van wetgevende en uitvoerende macht, ook in Zweden, waar handhaving door de burger, open normen en lidmaatschap van de Europese Unie hier allen aan hebben bijgedragen), de rol van de hoogste rechter in Scandinavië (die met name in Finland en Zweden terughoudend pleegt te zijn; Lindblom signaleert een trend naar meer aandacht voor precedentvorming), de toegang tot het recht (drie aanbevelingen: rechter, schiet niet door in activisme; het is hypocriet om publiek consumenten- en milieubescherming te laten schieten ten faveure van particuliere acties; lidmaatschap van de Europese Unie mag nimmer een alibi zijn voor het achterwege laten van nationale hervormingen), strooischade (rap-

port voor het VIIe internationale congres voor procesrecht te Würzburg in 1983), twee bijdragen over groepsacties (die in Zweden door de wetgever zijn geïntroduceerd na een pleidooi daartoe van Lindblom), complexe litigatie (rapport voor het IXde internationale congres voor procesrecht te Coïmbra, 1991), de privatisering van het rechtsbedrijf (bijdrage aan het *liber amicorum* voor Bert Voskuil), ADR (een verrassend negatieve beoordeling van alternatieve geschillenbeslechting: 'ADR is (...) a drug with a sedative effect (...). It should (...) be recommended that the drug be available by prescription only (...) it can have serious side effects') en Europees procesrecht (over de voorstellen tot harmonisatie van de commissie-Storme). Alle opstellen zijn in het Engels gesteld en zeer leesbaar.

(Per Henrik Lindblom, *Progressive procedure*, Uppsala: Lustus förlag 2017, 493 p.)

### In de komende kroniek(en) verwacht

- Groninger mededelingen
- Comparative property law
- Samenwerking in het beroep
- Rechtshandelingen en nulliteiten
- Algemene bankvoorwaarden
- De oudere in het recht
- Ius commune Europees privaatrecht
- Chinees en Europees aansprakelijkheidsrecht
- Recht en cultuur
- Feest in Regensburg