

Kroniek Algemeen

NTBR 2015/13

De kroniek Algemeen begint deze maand met de vermelding van een nieuw Asser-deel, over de opdracht, en een Duitse dissertatie over *opt in-codes*. Dan zijn er twee oraties: een Amsterdamse intreerede over verzekeringsrecht en een Leidse afscheidsrede over insolventierecht. Oxford bracht een huldeblijk aan Hugh Beale. Een bundel over de doctrine in Europa – niet echt een huldeblijk – is er uit Leicester. Nijmegen leverde een BW-monografie over vermogensbeheer en Amsterdam een monografie over de *Geschäftsgrundlage*. De kroniek wordt besloten met aandacht voor Schots recht en Europees privaatrecht.

1. Inleiding

De kroniek algemeen vangt deze maand aan met de vermelding van een nieuwe editie over de opdracht in de Asser-serie (nr. 2) en van een dissertatie uit Hamburg over optionele codes (nr. 3). Dan volgen de aankondiging van de Amsterdamse inaugurele rede van Jac Rinkes over Europees verzekeringsrecht (nr. 4) en de afscheidsrede over internationaal insolventierecht uit Leiden van Bob Wessels (nr. 5). Oxford bracht een tribuut aan Hugh Beale (nr. 6). (Nog) een bundel kwam uit over (de doctrine in het) Europees (privaat)recht: uit Leicester (nr. 7).

Wie de jeugd heeft, heeft de toekomst, maar wat heeft de toekomst in petto. Dat onderzocht de Jonge NJV (nr. 8). Eindelijk is er in deze kroniek weer eens aandacht voor een BW-monografie, uit Nijmegen over vermogensbeheer, met als toegift de aankondiging van een boek over alternatieve beleggingsinstellingen (nr. 9). Piet Abas vat zijn levenswerk samen in een boek over de *Geschäftsgrundlage* (nr. 10). De Schotten gaan er prat op dat zij leven in een *mixed jurisdiction*. Wat dat *gemengde* stelsel inhoudt, wordt onderzocht in een bijdrage in een Amerikaanse *law review* (nr.11). En tot slot is er weer eens aandacht voor Europees privaatrecht (nr. 12).

Zelf was ik deze maand – behalve bij de in nr. 3 gesignaleerde Duitse dissertatie – bij geen van de aangekondigde publicaties betrokken.

2. Asser bij de dokter en op reis

Van de hand van de Tilburgse hoogleraar Erik Tjong Tjin Tai verscheen in 2009 een bewerking van Asser's deel IV van de reeks Bijzondere overeenkomsten. Indertijd had ik niet de gelegenheid dit boek aan te kondigen, maar de recente uitgave van een aanzienlijk bijgewerkte editie maakt het mogelijk dit verzuim althans in enkele

hoofdpijnen te zuiveren. Waarop ziet deze editie? Dat zijn in de praktijk nogal uiteenlopende overeenkomsten als de opdracht in het algemeen, lastgeving, bemiddelingsovereenkomst, agentuurovereenkomst, geneeskundige behandelingsovereenkomst en reisovereenkomst. In een hoofdstuk vooraf gaat de auteur niet alleen in op de geschiedenis van deze bijzondere overeenkomst of groep van overeenkomsten, maar ook op de diverse buitenlandse en supranationale regelingen. Het eerste geldt in het bijzonder voor het Franse en Belgische recht, het Duitse recht, het Engelse recht en zelfs – beknopt – het Amerikaanse, Braziliaanse, Chinese, Italiaanse, Spaanse en Zwitserse recht. Van de particuliere *Principles* bespreekt de auteur de *Principles of European Law: Service Contracts (PELSC)* en de *Principles of European Law: Mandate Contracts (PELMC)* en van de Europese regelgeving, de dienstenrichtlijn. Uiteraard brengt een dergelijke omvangrijke exercitie mee dat Tjong Tjin Tai niet steeds geheel bij zal zijn. Zo ontbreekt bij de behandeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst een verwijzing naar de Duitse wet van 2013, waarbij de behandelingsovereenkomst in het *BGB* is opgenomen (zie de bijdrage van Sijmons en mij in *TGR*).

Wie probeert in kort bestek een omvangrijk rechtsgebied in kaart te brengen, zal zich altijd genoodzaakt zien anecdotisch materiaal buiten beschouwing te laten. Toch zou in nr. 469 bij de vermelding van de negentiende eeuwse uitvinding van de Baedeker een verwijzing naar Pausanias (in de vertaling van Peter Burgersdijk) niet misstaan. Wat knap van de bewerker is, is dat hij zijn tekst – op een enkele uitzondering na – zeer up-to-date heeft weten te brengen. Zelfs de begin 2015 nog niet afgeronde herziening van de Richtlijn 90/314/EEG betreffende pakketreizen wordt al besproken.

(E.H. Hondius & J.G. Sijmons, *Patientenrechtgesetz: geneeskundige behandeling in Duits Burgerlijk Wetboek*, *TGR* 2013, p. 637-651; Eric Tjong Tjin Tai, *Asser 7-IV, Opdracht*, Deventer: Kluwer, 2014).

3. Optionele codes in het Europees contractenrecht

Ooit had ik in een collegecyclus in Hamburg een student die zo *begeistert* raakte van het idee van een Europees contractenrecht, dat hij besloot er zijn proefschrift aan te wijden. Onder leiding van Hans-Bernd Schäfer, Stefan Vogenauer en Chris Hodges schreef hij aan deze zelfde universiteit over *Institutional competition between optional codes in European contract law/A theoretical and empirical analysis*. Het proefschrift telt twee delen. In deel I introduceert de auteur zijn vraagstelling die resulteert in een *cycle of European contract law*. In deel II gebruikt hij empirische gegevens om dit model te evalueren, hetgeen uitmondt in conclusies die in deel III

¹ Citeerwijze: E.H. Hondius. 'Kroniek Algemeen', *NTBR* 2015/13, afl. 3. Prof. mr. E.H. Hondius is hoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht.

aan de orde komen. De empirische gegevens verzamelde Alexander Wulf in Londen waar hij onder leiding van Stefan Vogenauer (Oxford) werkte aan het project *Civil justice and choice of contract law*. Publicatie van de uitkomsten van deze studie wordt binnenkort voorzien.

Tot welke conclusies komt de auteur? In de eerste plaats is er grote behoefte aan empirische gegevens en statistisch onderzoek op het gebied van het Europees contractenrecht. Wulf baseert zijn eigen model op het onderzoek van Hayek en Schumpeter. Blijkens dit model is de totstandkoming van een Europees contractenrecht “a task of such vast complexity that it cannot be satisfactorily accomplished by the European Commission at a single point in time. It is a task that should only be accomplished in a decentralized manner through competitive forces acting over time.”

Wulf acht een gemeenschappelijk Europees kooprecht niet nodig. Zijns inziens kan het welzijn van de maatschappij alleen worden bevorderd door een vrije en intensieve mededinging in het Europees contractenrecht. Deze mededinging werkt al goed bij b2b-transacties die niet aan dwingendrechtelijke regels zijn onderworpen. Mocht het om politieke redenen toch tot een verordening voor deze transacties komen, dan mag de EU deze regeling niet een kunstmatig voordeel boven andere regelingen verschaffen:

“Rather, the Commission should aim to create a Legal environment in which all national and existing optional contract codes can compete on an equal footing.”

(Alexander Wulf, *Institutional competition between optional codes in European contract law/A theoretical and empirical analysis*, diss. Bucerius law school 2014, 311 p.).

4. Naar een Europees verzekeringsrecht

Het aantal verzekeringen dat de gemiddelde consument heeft afgesloten met buitenlandse verzekeraars is vermoedelijk géén. In zijn Amsterdamse inaugurele rede pleit Jac Rinkes er voor dat aan deze situatie een einde komt. Rinkes wil de nationale verschillen in het verzekeringsrecht van de EU-lidstaten opheffen. In het bijzonder voor elektronische verzekeringen is het opheffen van nationale grenzen van belang. Daar komt bij dat het toezicht op verzekeraars vanaf 1 januari 2016 met de Solvabiliteit II-richtlijn toch al Europees geregeld is. Harmonisatie zal overigens in de praktijk geen eenvoudige opgave zijn. Deze beknopte aankondiging is gebaseerd op de samenvatting in de *Staatscourant* en de UvA persvoorlichting. Voor een vollediger beeld van het ikheb-gezegde moeten we nog op publicatie van de gehele tekst wachten.

(J.G.J. Rinkes, *Grensverleggend verzekeren: verzekeringsrecht en de interne markt*, inaugurele rede Universiteit van Amsterdam, 2014).

5. Insolventierecht uit Leiden

In 1991 raakte de *Bank of Credit and Commerce International (BCCI* – ook wel bekend als de *Bank of Crooks and Criminals International*) in betalingsproblemen. Het was één van de eerste grote grensoverschrijdende insolventies. De Leidse hoogleraar Bob Wessels heeft er een dagtaak van gemaakt om het inmiddels gegroeide Europese insolventierecht te analyseren en verder uit te bouwen. In zijn afscheidsrede brengt hij hiervan verslag uit. Zijn activiteiten brachten hem onder meer naar de kantoren van de Wereldbank te Tiflis in Georgië, maar ook naar Biezenmortel waar de Leidse faculteit in 2013 een symposium over het aantrekken van tweede en derde geldstromen organiseerde. In datzelfde jaar hield het *Leiden law school turnaround, rescue & insolvency research team* een toogdag over het onderhanden onderzoek, waarvoor steun wordt verkregen van de Europese Commissie, het *European Law Institute*, Insol Europe, het *American Bankruptcy Institute*, het *International Insolvency Institute*, de Wereldbank en de universiteiten van Amsterdam, Halle-Wittenberg, Londen, Nottingham, Nijmegen en Oxford. In 2011 had Wessels met Anthon Verweij en anderen de *Netherlands Association for Comparative and International Insolvency Law*, met momenteel 170 leden, opgericht. De auteur was voorts gasthoogleraar in Frankfurt, Londen, New York en Riga. Een schitterende carrière, voorwaar. Zelf geeft hij voorzichtig toe dat de opsomming van zijn activiteiten wel als een *selfie* oogt.

Dat is meteen het storende voor de lezer. Bij het doornemen van deze rede krijgt men de indruk dat Wessels in ons land de enige auteur is op het gebied van het internationaal insolventierecht. In 12 van de 83 voetnoten citeert de auteur zichzelf. Nu is het niet mijn vakgebied, maar ik meen mij op dit terrein toch met zekerheid de namen te herinneren van auteurs als André Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht* (2011), Ted de Boer, annotatie NJ 1998/108, Jonathan Israël, *Grensoverschrijdend insolventierecht* (2006), A.J. Tekstra et al., *Sdu commentaar insolventierecht* (2013) en Michael Veder, *Cross-border insolvency* (2004), als het er niet meer zijn. Het zal de lezer van deze kroniek wellicht verbazen, maar niet één van deze auteurs wordt in de voetnoten van de rede van Wessels ook maar genoemd. We kwamen deze eenzelligheid ook al tegen in de Leidse afscheidsrede van Martijn Polak (*NTBR* 2013/32, p. 279). Dat Leiden goed is, graag akkoord, maar te suggereren dat er elders in het land helemaal niets gebeurt, gaat mij wat (te) ver.

Het lijkt Wessels in het wereldje van het insolventierecht niet te deren. Bij gelegenheid van zijn afscheid ontving hij een *liber amicorum*, met onder meer bijdragen van twee niet-genoemden: Michael Veder en Reinout Vriesendorp.

(Bernard Santen, Dick van Offeren (red.), *Perspectives on international insolvency law: a tribute to Bob Wessels*, Deventer: Kluwer, 2014, 296 p.; Bob Wessels, *Teaching and research in international insolvency law: challenges and opportunities*, Universiteit Leiden, 2014, 26 p.).

6. Essays in honour of Hugh Beale

Waar zou het Europees contractenrecht zijn zonder Hugh Beale? Deze hoogleraar aan de Universiteit van Warwick geniet in Engeland gezag vanwege zijn bewerking van *Chitty's Law of Contract* en zijn langdurige lidmaatschap van de *Law Commission*, de juridische Engelse denktank van de wetgever. Op het Europese vasteland is hij vooral bekend vanwege zijn redactie – met Ole Lando – van de *Principles of European Contract Law* en zijn auteurschap van de *Feasibility study* die vooraf ging aan het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht (CESL).

In november 2014 ontving Beale bij gelegenheid van zijn zesenzeftigste verjaardag – naar ik begrijp momenteel de pensioengerechtigde leeftijd aldaar – een bundel opstellen. Na een tribuut aan 'Hugh Beale and the Law Commission' door Lord Carnwath, Lord Toulson en Tamara Goriely telt de bundel 25 opstellen verdeeld over zes delen: (a) *legal history*, (b) *law reform*, (c) *English contract law*, (d) *European contract law*, (e) *security and financing* en (f) *trends in transnational and European commercial law*.

6.1 Legal history

In het deel *legal history* schrijft Paul Brand (Oxford) over 'Merchants and the Legislative Process in Thirteenth Century England: The Making of the Statutes of Acton Burnel (1283) and Merchants (1285)'. Het ging hierbij om de totstandkoming van wetgeving inzake de registratie van schulden, executie van de goederen van de schuldenaar en gevangenhouding van de schuldenaar tot het moment van betaling. Interessant aan deze wetgeving is dat de parlementaire geschiedenis opmerkelijk goed bewaard is gebleven (p. 3-14). Een van de wapenfeiten van Hugh Beale als lid van de *Law Commission* was zijn aanbeveling tot integratie van de Britse *Unfair Contract Terms Act* en de Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten zoals geïmplementeerd in een Britse algemene maatregel van bestuur. Catharine MacMillan (Reading) schetst in haar bijdrage over 'Contract Terms Between Unequal Parties in Victorian England' hoe in het verleden met oneerlijke contractbedingen werd omgegaan en hoe hier verandering in is gekomen. 'Undue influence' werd de basis voor ingrijpen en niet ongelijkheid van partijen (p. 15-36).

6.2 Law reform

Deel II is getiteld 'Law reform'. Het bevat drie bijdragen. De eerste is die van Andrew Burrows (Oxford) over 'Alternatives to Legislation: Restatements and Judicial Law Reform'. Burrows, die in de *Law Commission* de voorganger was van Hugh Beale, snijdt twee thema's aan. Het eerste is de samenwerking tussen rechter (Lord Bingham) en *Law Commission*, zoals deze blijkt uit de verhoging van het smartengeld zonder dat de wetgever daar aan te pas kwam – Heil v Rankin, [2001] QB 272. Voorts werpt Burrows de vraag op of het Engelse recht het verweer *ex turpi causa non oritur actio* of *in pari delicto potior est conditio defendentis* kent. De *Law Commission* beval in 2009 aan om dit aan de rechter over

te laten. Deze kan daarbij overwegingen betrekken zoals 'furthering the purposes of the rule which the illegal conduct has infringed, consistency, that the claimant should not profit from his or her own wrong, deterrence, and maintaining the integrity of the legal system' (p. 37-50). Ook in het Verenigd Koninkrijk is het aantal regels dat gedetailleerd voorschrijft hoe een financiële transactie tot stand moet komen sterk gegroeid. Dit doet de vraag rijzen hoe deze regels zich verenigen met de *common law*. In het bijzonder is er de vraag of de sancties die gedetailleerde wetgeving geeft, uitputtend zijn of kunnen worden aangevuld met sancties uit de *common law*. In haar opstel 'The Impact of Rule-making by Financial Services Regulators on the Common Law: The Lessons of PPI' analyseert Eva Lomnicka (King's College London) deze kwestie (p. 51-66). Christian Twigg-Flesner (Hull) merkt in zijn bijdrage 'Some Thoughts on Consumer Law Reform: Consolidation, Codification or a Restatement?' op dat het consumentenrecht buitengewoon ingewikkeld is geworden, voor consument en voor ondernemer. Hij bepleit daarom in navolging van Hugh Beale invoering van een *Restatement* te overwegen (p. 67-86).

6.3 English contract law

Met zeven opstellen is het deel *English contract law* het best vertegenwoordigd. Michael Bridge (*University College London*) schrijft over 'Freedom to Exercise Contractual Rights of Termination'. Uitgangspunt van zijn beschouwingen is een wel zeer streng ogende recente uitspraak in *Petroleo Brasileiro v ENE Kos 1*:

"There are no standards by which the owners' reasons may be judged, other than those to be found in the contract. There is no Legal policy specific to termination rights restricting their availability or the consequences of their exercise more narrowly than does the language of the contract or the general law."

Aangespoord door de laatste woorden van deze overweging zoekt Bridge in het commune contractenrecht naar instrumenten om ontbinding aan banden te leggen. Hij vindt deze in uitleg en toetsing van oneerlijke bedingen (p. 87-104). Mindy Chen-Wishart (Oxford) ziet als rechtvaardiging voor 'Regulating Unfair Terms' dat deze afwijst "to allow the institution of contract to be used to degrade the underlying logic of the institution of contract. Using contract to destroy contract is a worthless choice that the law should not facilitate."

Wij duiden dat in navolging van Jean-Jacques-Régis de Cambacérès aan met de woorden 'entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit' (p. 105-130). Eric Clive (Edinburgh) bedacht de mooie titel 'Time to Reflect on the Right to Reject' voor zijn analyse van de bedenktijd (p. 131-150). Michael Furmston (Singapore) analyseert in zijn bijdrage over 'Universal Terms in Contract' de vraag of als er een algemene regel bestaat 'that contracts contained an implied term that they should be performed in good faith, it was possible to exclude this obligation'. Furmston

bespreekt het Britse arrest *Equitable Life v Hyman*, [2002] 1 AC 408, Australische rechtspraak en 'good faith' in sectie 1-203 van de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* en sectie 1-205 van de tweede *Restatement, gebaseerd op Wood v Lucy, Lady Duff-Gordon*, 222 NY 88 (1917). Hoewel de *common law* redelijkheid en billijkheid niet echt nodig heeft – zij kan ook zonder – acht de auteur dit toch de meest simpele redenering (p. 151-160). Thomas Krebs (Oxford) heeft altijd verdedigd dat vertegenwoordiging geen inbreuk maakt op het beginsel dat overeenkomsten slechts tussen partijen gelden, maar integendeel een uitwerking daarvan inhoudt. Een tegenwerping waar hij in deze bundel mee hoopt af te rekenen is de *undisclosed agency*, vandaar de titel 'Some Thoughts on Undisclosed Agency' (p.161-182). Ewan McKendrick (Oxford) schrijft naar aanleiding van *Ampurius NU Homes Holdings v Telfort Homes (Creekside)* [2013] EWCA 577, [2013] 4 All ER 377 over contractuele bedingen over ontbinding in 'Innominate Terms Revisited' (p. 183-198). Simon Whittaker (Oxford) tenslotte schrijft over 'Variation and Termination of Consumer Contracts', in het bijzonder in de rechtspraak van het Europese Hof, zoals *Invitel*, C-472/10, NJ 2012/404 (MRM) en *RWE Vertrieb*, C-92/11, NJ 2013/375 (p. 199-224).

6.4 *European contract law*

Het op één na meest omvangrijke deel van deze bundel is zoals viel te verwachten gewijd aan *European contract law*. Het oorspronkelijke voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht kent de ook bij ons welbekende uitzondering voor individueel tot stand gekomen clausules en kernbedingen. Het Europees Parlement heeft voorgesteld om deze restricties te schrappen. Martijn Hesselink (Amsterdam) steunt in zijn bijdrage 'Unfair Prices in the Common European Sales Law' de visie van het Europees Parlement (p. 225-236). Ole Lando (Copenhagen Business School), *still going strong*, maakt een balans op tussen 'CISG and CESL: Simplicity, Fairness and Social Justice':

"The CESL has avoided some of the flaws of the CISG, but the division of the Commission's Proposal into a Regulation and Annexes I and II, and the many definitions in article 2 of the Regulation, are confusing. The exclusion of big traders and domestic contracts from its scope of application is not well-founded. The CESL gives SMEs some protection and contains some *esprit collectif*, but it is hard to see why much of the protection it accords to consumers should not be bestowed on SMEs"

Wolf-Georg Ringe (Copenhagen Business School) herhaalt in zijn opstel 'The Law of Assignment in European Contract Law' zijn eerdere spijtbetuinging dat er in het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht geen plaats voor de cessie is ingeruimd (p. 251-278). Jacobien Rutgers (VU Amsterdam) schrijft over 'Unfair Terms in Consumer Contracts'. Zij deelt de conclusie in de doctrine dat de Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten dankzij de dynamische interpreta-

tie door het Europese Hof 'goes to the heart of contract law' (p. 279-290).

Stefan Vogenauer (Oxford) schrijft over 'General Principles' of Contract Law in Transnational Instruments. Daarbij heeft hij niet het oog op *principles* zoals de *Principles of European Contract Law*, dus modelbepalingen voor wetgever en partijen. Waar hij wel over schrijft, zijn 'echte' beginselen, of zedelijke postulaten zoals ze ook wel worden genoemd. Vogenauer doet de aanbeveling dergelijke beginselen ook in transnationale documenten op te nemen. Daarbij gelden wel acht vermaningen: naast de aanbeveling om ze op te nemen, zijn dat de suggestie om ze als *fundamental provisions* aan te duiden, een klein aantal op te nemen, ze in de tekst te incorporeren en niet in een afzonderlijk document, op een prominente plaats af te drukken, ze te isoleren van de 'gewone' beginselen, geen kwalificaties aan te brengen en het aantal restricties zo beperkt mogelijk te houden (p. 291-318). Reinhard Zimmermann (Hamburg) komt met een voorstel voor een nieuwe tekst van de art. 166-171 CESL over 'Interest for Delay in Payment of Money'. Interessant is dat deze tekst ook voorziet in afroming van winst ('disgorgement of damages'), waar ook in ons land en elders op gezinspeeld wordt (p. 319-352).

6.5 *Security and financing*

Het deel *Security and financing* begint met een opstel van Roy Goode (Oxford) over 'The Assignment of Pure Intangibles in the Conflict of Laws'. De auteur wijst erop dat hij de thans door hem verdedigde opvatting al in 1965 in een opstel met de Canadees Jacob Ziegel heeft neergelegd (p. 353-378). Louise Gullifer (Oxford) schrijft over 'Compulsory Central Clearing of OTC Derivatives: The Changing Face of the Provision of Collateral'. Voor de niet-ingewijden is het niet steeds duidelijk waarop de talloze acroniemen en afkortingen als CASS, CCP, DCD, CM, CM1, CM2, CP, CSD, CT, ESMA, EMIR, FCAR, FCD, IM, OTC en VM duiden (p. 379-404). Anna Veneziano (Teramo) meent in haar opstel 'European Secured Transactions Law at a Crossroad: The Pitfalls of a 'Piecemeal Approach' to Harmonisation' dat veel meer moet worden nagedacht over de beleidsopties om aan sommige schuldeisers een uitzonderingspositie toe te kennen (p. 405-415). Sarah Worthington (Cambridge) werpt de vraag op 'How Secure is Security?' De vraag stellen ... en de conclusie van de auteur is dan ook dat:

"However elegant the current English rules on security, they will not be taken up elsewhere if they cannot be laid out clearly and coherently for comparative assessment. Since commercial activity is increasingly international, we will then be left, literally and metaphorically, as an island nation." (p. 417-440).

6.6 *Trends in transnational and European commercial law*

Ten slotte is er een deel met de resttitel *Trends in transnational and European commercial law*. Christian von Bar (Osna-brück) keert terug naar een oude liefde: 'The Numerus Clau-

sus of Property Rights: A European Principle?' Mét Sjev van Erp meent de auteur dat de *numerus clausus* een algemeen beginsel is in Europa, maar wel één met rafelige randen. Bovendien leidt de adoptie van uitzonderingen niet noodzakelijk tot divergentie van Europese stelsels, evenmin als afwijzing daarvan noodzakelijk convergentie teweegbrengt (p. 441-454). Bénédicte Fauvarque-Cosson (Paris II) brengt in haar bijdrage over 'New Principles in the Legal World: The Hague Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts' het nieuwe gebruik van *principles* door de Haagse conferentie voor internationaal privaatrecht onder de aandacht (p. 455-466). Arthur Hartkamp (Nijmegen) is de derde Nederlandse auteur die inspiratie vond in de Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. 'Ex Officio Application in Case of Unenforceable Contracts or Contract Clauses: EU Law and National Laws Confronted' luidt de titel van zijn bijdrage (p. 467-484).

Behalve een bundel kreeg Hugh Beale ook een verzameling opstellen in de *European Review of Private Law* aangeboden. *ERPL* 2015-2 bevat onder andere bijdragen van Larry Di Matteo, Marco Loos, Hans Schulte-Nölke, Matthias Storme en Christian Twigg-Flessner. Larry Di Matteo (Florida) werpt een Amerikaanse blik op de werken van Hugh Beale. De auteur ziet het academische werk van Beale als een goed voorbeeld van een functionele benadering van juridisch wetenschappelijk discours en rechtshervorming. Het transparantiebeginsel is één van de belangrijkste verworvenheden van het Duitse regime inzake oneerlijke contractbedingen. Geldt dit beginsel ook op Europees niveau? Jazeker, luidt het antwoord van Loos, die daar evenwel aan toevoegt dat Europees recht geen duidelijke sanctie bevat voor een inbreuk op het transparantiebeginsel. De betekenis van het beginsel is daarom beperkt. Schulte-Nölke (Osnabrück) legt uit waarom het voorstel voor een Common European Sales Law niet-onderhandelde bedingen in b2b contracten onderwerpt aan een unieke onredelijkheidstoets. De auteur geeft ook aan waarom bedingen over de prijs en de kern van de prestatie niet aan deze toets moeten worden onderworpen. Storme onderzoekt de betekenis van het Europese karakter van het gemeenschappelijk Europees kooprecht en met name de dichotomie tussen nationaal en Europees CESL-recht. Twigg-Flessner (Hull) analyseert het grensoverschrijdend karakter van de contracten die worden bestreken door het voorstel voor een *Common European Sales Law* (CESL).

(Larry Di Matteo, *ERPL* 2015-2; Louise Gullifer, Stefan Vogenauer (red.), *English and European perspectives on contract and commercial law/Essays in honour of Hugh Beale*, Oxford: Hart, 2014, 424 p.); M. van Kogelenberg, Winstafroming na wanprestatie: een rechtsvergelijkende analyse, *WPNR* 7031 (2014, p. 836-846); Marco Loos, Transparency of standard terms under the Unfair Contract Terms Directive and the proposal for a Common European Sales Law, *ERPL* 2015-2; Hans Schulte-Nölke, No market for 'lemons': on the reasons for a judicial unfairness test for b2b contracts

and why it should be limited to non-negotiated terms, *ERPL* 2015-2; Matthias Storme, The young and the restless: CESL and the rest of member state law, *ERPL* 2015-2 en Christian Twigg-Flessner, CESL, cross-border transactions and domestic law – why a dual approach could work (although CESL might not), *ERPL* 2015-2).

7. Doctrine en Europees privaatrecht

Wat is de plaats van het Europees privaatrecht in het nationale discours? Die vraag staat centraal in een onderzoeksproject van twee Britse universiteiten: Leicester University en Durham University. In 2008 begonnen de twee instellingen met een gezamenlijke conferentie en in 2010 vond de derde bijeenkomst plaats, waar de richtlijn consumentenrechten en de voorbereiding van het gemeenschappelijk Europees kooprecht aan de orde kwamen. De redactie was in handen van Mel Kenny en James Devenney. Of er een vervolg zal komen, is niet zeker nu de twee redacteuren naar andere universiteiten zijn vertrokken. In 2013 verschenen de inleidingen voor de derde conferentie in druk. Buiten de in- en uitleiding door beide redacteuren telt de bundel veertien hoofdstukken. Deze zijn stuk voor stuk van vooraanstaande auteurs afkomstig.

De Canadees Stephen Waddams is in mijn – en veler – ogen een van de beste kenners van de *common law*. In zijn bijdrage analyseert hij de relatie van *Draft Common Frame of Reference* en het Engelse contractenrecht. Hij komt vanuit Engels perspectief tot een positieve bevinding: het *DCFR* is beschikbaar in het Engels 'and therefore eliminates difficulties of translation and linguistic nuance that so often complicate legal comparisons'. Het vergelijkt alle *civil law* stelsels met elkaar en met de *common law*. Het ziet op het gehele contractenrecht 'so that it eliminates (or at least mitigates) another common difficulty of comparisons between legal systems, namely, the discussion by a writer of a particular question in isolation from other aspects of the same legal system that may affect the practical operation, within a particular system, of the writer's conclusions'. En tenslotte behelst het *DCFR* een waarschuwing tegen al te generaliserende conclusies over *civilian systems* (p. 4-22). Paula Giliker (Bristol) schrijft onder het kopje 'The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the "academic" to the political'. De kern van haar betoog, dat aansluit bij dat van Reinhard Zimmermann, is dat het *DCFR* een mooi project is, maar dat we inmiddels met het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht weer een stap verder zijn. Zij illustreert dit met het voorbeeld van precontractuele redelijkheid en billijkheid. Dat neemt niet weg dat het *DCFR* blijvend een belangrijke plaats in het debat over contractuele aansprakelijkheid zal innemen:

"Its strength lies in its scholarship, informing both scholars and law-makers of the current state of European private law and presenting future options for development." (p. 23-44).

Cristina Amato analyseert de richtlijn consumentenrechten, die in haar ogen twee grote bezwaren heeft:

“The legislative technique is poor and the political choice made in favour of maximum harmonisation (...) leads to the undesirable effects of uncertainty and partial harmonisation.” (p. 45-62).

Kenny en Devenney, de twee redacteuren, schrijven zeer kritisch over *DCFR* en het gemeenschappelijk Europees kooprecht, die ‘threaten disproportionate legislative intervention where much more circumspect steps respecting the established consumer *acquis* and the pre-existing conflicts framework may have been more appropriate’ (p. 63-77). Peter Sparkes (Southampton) is ook al zeer kritisch over de uitzondering die het *DCFR* maakt voor vastgoedrecht:

“The technical quality of the work is not good enough to form the basis for legislation.” (p. 78-99).

Roger Halson en David Campbell (Leeds) bezien de harmonisatie van het contractenrecht vanuit rechtseconomisch gezichtspunt (p. 100-130). Chiara Perfumi (Brescia) behandelt de terminologische aspecten van een gemeenschappelijk contractenrecht (p. 131-147). Olha Cherednychenko (Groningen) schrijft over ‘Private law discourse and scholarship in the wake of the Europeanisation of private law’ (p. 148-171, ook om niet te vinden in de *Legal research paper series* van de *Groningen faculty of law*, vol. 2 nr. 3 van september 2014).

Warren Swain (TC Beirne School of Law, Queensland) legt een verrassende link met de *Indian Contract Act 1872* (p. 172-195). Irene Kull en Sander Kärson (Tartu) schetsen de implementatie van Europese regelgeving in Estland (p. 196-207). Cliona Kelly (Cardiff) geeft een overzicht van de impact van Europa op Iers contractenrecht (p. 208-234). Piotr Tereszkiewicz (Heidelberg) onderzoekt de Europeanisering van het verzekeringsrecht; hij meent dat lidstaten inspiratie kunnen vinden in de nieuwe Duitse verzekeringswet en de *Principles of European Insurance Contract Law* (p. 235-255). Michael Schillig (King’s College London) analyseert de uitzondering voor kernbedingen in de Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De afwezigheid van het kennis nemen van rechtspraak over uitleg en toepassing hiervan in andere lidstaten stemt hem somber (p. 256-275). Dorothea Leczykiewicz (Oxford) keert zich tegen het streven om één gemeenschappelijk Europees schadevergoedingsregime voor contractuele en buitencontractuele schade te creëren (p. 276-294). Immaculada Barral-Viñals (Barcelona) schrijft over ADR; zij acht het voor de oplossing van grensoverschrijdende conflicten niet bevorderlijk dat er in Europa zoveel verschillende soorten systemen bestaan en bepleit een pan-Europees model op Catalaanse grondslag (p. 295-315).

In een afsluitend hoofdstuk maken beide redacteuren de balans op. In het licht van het voorgaande zal het niet verbazen dat zij (zeer) sceptisch zijn over de toekomst van een geharmoniseerd contractenrecht. Verdere fragmentatie zal er in hun ogen het gevolg van zijn (p. 316-325).

(M. Kenny, J. Devenney (red.), *The transformation of European private law: harmonisation, consolidation*, Cambridge: University Press, 2013, 340 p.).

8. Rechtsvinding en de evolutie van het recht

Een onbestemd aantal grijze heren in kostuum en een flink stuk minder dito dames in mantelpak – zo moet men zich de gemiddelde toehoordersschare van een gemiddelde juridische vereniging begin van deze eeuw voorstellen. Dat moet anders, moeten de leidinggevenden van deze verenigingen hebben gedacht. En zo ontstonden organisaties als de Jonge VAR, De Jonge Akademie en de Jonge Nederlandse Juristenvereniging. Dit laatste gezelschap kwam in 2010 voor het eerst bijeen. Het seminar te Tilburg van 12 december 2014 was dus al het vijfde in de reeks. Thema was ditmaal rechtsvinding en de evolutie van het recht en preadviseurs waren Chantal Mak, Sofia Ranchordás en Khalid van Willigenburg. Mak (UvA) gebruikt de Europese Aziz-uitspraak als uitgangspunt voor haar stelling dat de rechter zowel nationaal als Europees een actieve rechtsvormende rol speelt. Ranchordás (Tilburg) bleek gefascineerd door Über en de *shared economy*. Van Willigenburg (VU) analyseert de twee arresten van de Hoge Raad over de vraag of tongzoenen verkrachting oplevert, met respectievelijk een ruime uitleg (*NJ 1998/781*) en een restrictieve interpretatie (*NJ 2013/437*). Omdat de strafwet restrictief moet worden uitgelegd, acht de preadviseur in dit geval de methode van redelijke wetsuitleg van het tweede arrest te prefereren boven de combinatie van wetshistorische en teleologische argumenten in het eerste arrest.

Wat hebben de drie onderwerpen met elkaar te maken? Dat brengt mij bij drie vragen die bij deze bundel kunnen worden gesteld. Allereerst valt op dat terwijl de moedervereniging, de *NJV*, haar preadviezen bij Kluwer uitgeeft, de jonkies – uit recalcitrantie of financiële overwegingen? – een andere uitgever hebben gezocht ... en gevonden. Een aansluitend punt is dat de preadviezen – die in de bundel overigens als ‘pre-essays’ worden aangeduid – überhaupt afzonderlijk zijn gepubliceerd. Tenslotte valt op dat de discussie – *if any*, maar ik neem eigenlijk aan dat die er was – niet in de bundel is opgenomen: wellicht iets voor naderhand, zoals bij de moeder-*NJV* pleegt te geschieden, of in het *NJB*?

(Chantal Mak, Sofia Ranchordás & Khalid van Willigenburg, *Rechtsvinding en de evolutie van het recht*, Congresbundel de Jonge Nederlandse Juristen Vereniging 2014, Zutphen: Paris, 2014, 39 p.)

9. Een monografie over vermogensbeheer en een duografie over alternatieve beleggingsinstellingen

9.1 Vermogensbeheer

'Losdelig handboek' luidt de titel van een reeks monografieën, die inmiddels een groot deel van het vermogensrecht bestrijkt. Dat geschiedt in de A-serie met algemene themata, zoals *bronnen van verbintenis* en *bewijslastverdeling*. De B-serie ziet op specifieke onderwerpen in de Boeken 3-7 BW. De serie telt thans 91 delen, waarvan enkele niet meer leverbaar zijn en enkele nog niet zijn verschenen. De redactie wordt gevoerd door Ivo Giesen (Utrecht), Ton Hartlief (Maastricht), Vanessa Mak (Tilburg), Bert van Schaick (Tilburg) en Carla Sieburgh (Nijmegen). Grondleggers van de serie waren Arthur Hartkamp (Nijmegen) en Jan Vranken (Tilburg).

De nieuwste loot aan de losdelige stam is de monografie *Vermogensbeheer* van de hand van de Nijmeegse hoogleraar Danny Busch. Na een inleiding komen achtereenvolgens aan de orde de kwalificatie en definitie van vermogensbeheer, het toezichtrechtelijk kader, het civielrechtelijk kader, de aansprakelijkheid van vermogensbeheerders en het toepasselijk recht en geschilbeslechting. In de inleiding wordt de invloed van het toezichtrecht op het privaatrecht besproken. Het toezichtrechtelijk kader ziet onder andere op de kenuw-cliënt-regels en de aansprakelijkheid van AFM en DNB (de oppositie van Busch in zijn oratie tegen de beperking van de aansprakelijkheid heeft niet mogen baten). In het civielrechtelijk kader komen onder andere de invloed van Mifid en het dienen van twee heren aan de orde. Uitvoerig wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van vermogensbeheerders. Aan de paragraaf over geschillenbeslechting kan de figuur van het *niet*-bindend advies worden toegevoegd.

(D. Busch, *Vermogensbeheer*, Monografie BW B8, Deventer: Kluwer, 2014, 205 p.).

9.2 Alternatieve beleggingsinstellingen

Van de hand van dezelfde auteur verscheen in samenwerking met een andere Utrechtse doctor in de rechtsgeleerdheid, Lodewijk van Setten, het boek *Alternative investment funds in Europe/Law and practice*. Dit boek gaat over Richtlijn 2011/61/EU inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen, zoals *hedge funds* en *private equity funds*. Naast een kritisch hoofdstuk van beide redacteuren over de richtlijn bevat het boek hoofdstukken over de impact van de richtlijn in Duitsland (Christian Schmies), Frankrijk (Stéphane Puel), Ierland (Michael Jackson, Dualta Counihan), Italië (Francesco Paolo Crocenzi), Luxemburg (Gilles Dusemon, Victorien Hémerly, Myriam Moulla), Nederland (Kees Groffen, Bernard Spoor), Spanje (Emilio Díaz Ruiz, Salvador Ruiz Bachs), het Verenigd Koninkrijk (David Rouch) en Zweden (Dan Hanqvist).

Wat leert ons dit overzicht? Dat de impact per land aanzienlijk uiteenloopt. Het Verenigd Koninkrijk had in het verleden een *comprehensive system of regulation*. Daar is in wezen

niets aan veranderd, maar erbovenop zijn nieuwe voorschriften inzake Richtlijn 2011/61/EU gekomen. 'The result is a highly complex set of rules and legislation, which those affected are unlikely to find easy to understand ...' (p. 167). Voor Duitsland geldt dat de richtlijn heeft geresulteerd in een *fundamental transformation of German investment law* (p. 227). Ierland had weinig moeite met implementatie van de richtlijn omdat het als eerste land in Europa een goed functionerend stelsel had (p. 271). Voor Spanje heeft de richtlijn weinig belangrijke gevolgen (p. 450) en voor Zweden geldt hetzelfde (p. 474). Voor de overige besproken stelsels geldt dat de gevolgen wel groot zullen zijn.

(Lodewijk van Setten, Danny Busch (red.), *Alternative investment funds in Europe/Law and practice*, Oxford: University Press, 2014, 493 p.).

10. Geschäftsgrundlage: basis voor 150 miljoen Europeanen

Anno 2015 leven ongeveer 150 miljoen Europeanen – in Duitsland, Italië en Portugal – onder de vigeur van de *Geschäftsgrundlage*. In zijn gelijknamige boek schetst de Amsterdamse emeritus Piet Abas de historische ontwikkeling van deze rechtsfiguur, die in Europa mogelijk nog meer *Anklang* zal krijgen vanwege de opname in het *Draft Common Frame of Reference*. Abas bepleit deze figuur ook voor het Nederlandse recht te aanvaarden. Hij geeft daar ook een eerste aanzet toe. Het nieuwe art. 6:258 BW zou aldus kunnen beginnen:

"De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden indien na het aangaan van de overeenkomst de nakoming daarvan niet kan worden gevergd wanneer zich een gebeurtenis voordoet, waarvan het feit dat deze zich niet zou voordoen een wezenlijke veronderstelling van de overeenkomst was."

Dat een bepaling als deze nut heeft, blijkt uit een vonnis van de Rechtbank Haarlem van 16 november 2011, *LJN* BV0696, waar Abas uitvoerig op ingaat.

Hoe kan de historische ontwikkeling worden geschetst? Abas geeft een uitvoerig overzicht van de ontwikkeling in achtereenvolgens Duitsland, Italië en Portugal, en Nederland en Europa. Voor de voortgang van het Duitse recht zijn de theorie van de *Voraussetzung* van Bernhard Windscheid (1847), de leer van de *Geschäftsgrundlage* van diens schoonzoon Paul Oertmann (1921) en de verplichting tot dooronderhandelen van Norbert Horn (1981), nadat Karl Larenz de *Geschäftsgrundlage* in een subjectieve en een objectieve gedaante had gesplitst, van belang. Voor de oorlog is de theorie in Italië gerecipeerd en daarna in Portugal.

(P. Abas, *De Geschäftsgrundlage*, Oisterwijk: Wolf, 2014, 149 p.; Norbert Horn, *Neuverhandlungspflicht*, *Archiv für die civilistische Praxis* 1981, p. 255-288).

11. Schotland als ‘mixed jurisdiction’ – een mix waarvan?

Schotland wordt vaak als *het* voorbeeld van een *mixed jurisdiction* beschouwd. Dat houdt in dat *civil law* en *common law* binnen de grenzen van één stelsel samen bestaan. Maar op deze visie is wel wat aan te merken. Er zijn meer rechtsbronnen buiten *civil* en *common law*. En er is meer dan alleen privaatrecht, waar dit soort theorieën gewoonlijk van uitgaan. In de – in de Verenigde Staten bezorgde – *Journal of civil law studies* schetst de – in Hong Kong werkzame – Schot Stephen Thomsen de ontwikkeling van het Schotse recht. *Civil* en *common law* blijken niet de enige bouwstenen van Schots recht. Ooit was er een Schotse *common law*. Daarbij moeten we ons niet een uniform systeem voorstellen, maar losse regels toegepast door niet-hiërarchisch verbonden rechters zonder een moderne wetgever. Dan was er het feodale recht, dat in Schotland heeft gegolden van de elfde eeuw tot 28 november 2004. Kenneth Reid heeft laatstgenoemde *Abolition of feudal tenure act 2000* als de belangrijkste receptie van Romeins recht sinds de zeventiende eeuw aangemerkt. Canoniek recht heeft grote invloed gehad op het Schotse recht, wat in mindere mate geldt voor het *udal law*, dat de Noormannen in Orkney en Shetland hebben geïmporteerd. Deze naam is ontleend aan het Oud-Noorse *odal*, oftewel ‘ownership of inherited family property’. Over Keltisch recht bestaat enige onduidelijkheid, behalve over *Adomnán’s law* (697). Verrassend is dat de Bijbel geldend recht in Schotland is geweest, zoals blijkt uit de *Incest act 1597*, die verwijst naar het recht ‘as is contenit in the xviii Cheptour of Leuticus’. Ten slotte zijn er de internationale rechtsbronnen zoals internationaal maritiem recht en het ook bij ons bekende EU- en EVRM-recht. Thomson onderzoekt tenslotte hoe van deze veelheid van rechtsbronnen een grotere eenheid kan worden gesmeed.

(Stephen Thomson, *Mixed jurisdiction and the Scottish Legal tradition: reconsidering the concept of mixture*, *Journal of Civil Law Studies* volume 7 issue 1 article 3, 2014, 2).

12. Europees privaatrecht

Enige jaren terug, in 2009, verscheen de omvangrijke uitgave van het *Draft Common Frame of Reference*. Daaraan ten grondslag lagen geannoteerde uitgaven over de verschillende onderdelen van het *DCFR*, zoals koop (*PEL*), die eveneens in druk zijn verschenen. Althans in druk zouden verschijnen, want bij het uitkomen van de *DCFR*-editie waren nog niet alle voorbereidende publicaties afgerond. Zo verscheen het deel over *Mandate* nog niet zo lang geleden. Zelf heb ik het deel over *Sales* bezorgd en ook daar was het bijna misgelopen. De tekst was gereed, maar de toelichting met de noten bij lange na niet en het geld – voor het team van medewerkers – was wel op. Dankzij een aanvullende subsidie van de EU hebben we het werk toen toch weten te klaren, maar de arme Ulrich Drobnig lukte dat niet. In samenwerking met een van de leden van het oorspronkelijke team onderzoekers, Ole Böger, is Drobnig er onlangs niettemin

in geslaagd om geheel op eigen kracht tekst, toelichting en noten van het deel over zekerheden te voltooiën. Voor een inmiddels 87-jarige een knappe prestatie.

Het werk bouwt wel voort op de eerdere studies van het ‘Berlijnse’ team, onder wie bekende zekerheden-experts als Hugh Beale, Michael Bridge, Francesca Fiorentini, Caroline Lebon, Matthias Storme, Anna Veneziano en Fryderyk Zoll. Bij deze studies is gebruikgemaakt van eerdere projecten, zoals de *UNCITRAL legislative guide on secured transactions* (2007), de Conventie van Kaapstad inzake ‘international interests in mobile equipment’ (2001) en haar drie protocollen, de *Europese insolventieverordening* (2000), de richtlijn late betalingen (2011), de *Model law on secured transactions* van de Europese Bank voor Reconstructie en Ontwikkeling te Londen (1994), de eenvormige wet inzake zekerheden van OHADA (1997) en de *Inter-American model law on secured transactions* van de *Organisation of American states* (2002). Daarnaast is er een tweetal Europese richtlijnen relevant: die inzake financiële zekerheidsinstrumenten (2002/47/EG) en die ter bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (2011/7/EU).

Hoewel traditioneel het pandrecht bezit betreft, ligt in de thans voorliggende regels de focus op het bezitloos pandrecht: bezit is slechts nodig indien dit tussen partijen is afgesproken. De door Drobnig ontworpen regels zijn nieuw: zij konden niet voortbouwen op een *acquis communautaire*. Wel hebben de ontwerpers er alles aan gedaan om de regeling af te stemmen op andere internationale zekerheidsinstrumenten, andere boeken van het *DCFR*, in het bijzonder over eigendomsoverdracht en cessie. Een ‘*quickscan.nl*’ levert op dat het Nederlandse recht goed tot zijn recht komt.

Naast de Engelse tekst bevat deze uitgave ook de tekst in het Duits, Frans, Italiaans en Spaans. Niet in het Nederlands, wat niet zo’n ramp is, want de Nederlandse lezer zal gewoonlijk liever de oorspronkelijke tekst voor zich hebben, terwijl de vertaling in het Nederlands in uitgaven als deze ook nog eens een mengsel van Noord- en Zuid-Nederlands betekent. Dat neemt niet weg dat het ontbreken van de ‘*versie.nl*’ in deze bundel uitsluitend aan financiële problemen moet worden toegeschreven.

In de aprilkroniek te verwachten

Onrechtmatige daad en strafrecht
Borgtocht
Rechtsvergelijking op zijn Italiaans
Schadevergoedingsrecht op zijn Belgisch
En op zijn Grieks
De ‘legal origin’ theorie
Ter ere van Tim
Doorwerking van Europees recht
Constitutionalisering
Common en civil law, een kwestie van stijl
De Warendorf-collectie