

Kroniek Algemeen

NTBR 2015/33

De septemberkroniek opent met de aankondiging van twee feestbundels voor hoogste rechters uit de wereld van de *common law*: Jane Ginsburg (VS) en Lord Hoffmann (GB). Europees privaatrecht komt aan de orde in de monografie van Leone Niglia. Dissertaties uit Maastricht, Antwerpen en Tilburg wijzen de weg in de directe werking van EU-grondrechten, rechterlijk overgangsrecht en het ipr voor collectieve acties. Over collectieve acties bereikte ons uit Maastricht ook de bundel *Multi-party redress mechanisms*. Over het boetebeding wordt in Europa nog altijd verschillend gedacht, zo blijkt uit een themanummer van *European Review of Private Law*. Drie nieuwe inleidingen tot de rechtsvergelijking verschenen op de markt. Daaronder bevindt zich geen nieuwe editie van Zweigert-Kötz. Wel voltooide Kötz zijn *Europäisches Vertragsrecht*. Uit Zuid-Afrika kwam de TPR-rede van Anne Keirse over *Ubuntu*. We besluiten deze kroniek met de vraag of er nog nieuws is van het gemeenschappelijk Europees kooprecht.

1. Inleiding

Deze kroniek begint met de aankondiging van een tweetal feestbundels voor opperrechters uit *common law* landen. De eerste is voor Jane Bader Ginsburg, al ruim twintig jaar *Associate Justice* (raadsheer) in het *US Supreme Court* en voordien reeds voorvechtster van vrouwenemancipatie. Wie nu ziet hoe Hilary Clinton onbedremmeld op het presidentschap van de Verenigde Staten afstevent, beseft niet hoeveel zij te danken heeft aan de strijd voor gelijke rechten van man en vrouw van Jane Ginsburg (nr. 2). Een van de – zeker in ons land – meest bekende Britse opperrechters is Lord Hoffmann, uitvinder van de Engelse variant van het *havitexten*. Ook voor hem verscheen deze zomer een *Festschrift*. De van oorsprong Zuid-Afrikaanse advocaat Leonard Hoffmann heeft in het Verenigd Koninkrijk een tweede vaderland gevonden (nr. 3). Datzelfde Verenigd Koninkrijk is – naast Nederland – ook voor juridische docenten van elders een van de meest gastvrije landen van Europa. Overal in Engeland en Schotland vinden we onderzoekers uit Chili, Duitsland, Italië, Nederland, Polen, Zweden en vele andere landen aan de slag. Wijlen Gerrit Betlem, wijlen Lammy Betten, Jacco Bomhoff, tot voor kort Willem van Boom, Jan Dalhuisen, Cees van Dam, Lodewijk van Setten – het zijn enkele van de Engelandvaarders (er zijn er meer) uit ons land. Ook een Italiaan als Leone Niglia heeft het in Exeter maar wat naar zijn zin. Zozeer zelfs dat

hij inmiddels de afkeer van een echte *common lawyer* van codificatie lijkt te hebben opgedaan (nr. 4).

Drie dissertaties vragen deze maand onze aandacht: die van Mirjam de Mol uit Maastricht over de directe werking van de grondrechten van de Europese Unie (nr. 5), die uit Antwerpen van Sarah Verstraelen over rechterlijk overgangsrecht (nr. 6) en die uit Tilburg van Thijs Bosters over collectieve acties en ipr (nr. 7). Maastricht produceerde via Remco van Rhee in de van hem bekende samenwerking met Oost-Europa eveneens een bundel over collectieve acties, maar dan naar *national* recht: *multi-party redress mechanisms* (nr. 7). Over het boetebeding wordt in Europa verschillend gedacht; dat blijkt weer eens uit een themanummer van de *European Review of Private Law* (nr. 8).

Het afgelopen jaar zijn in deze kroniek verschillende nieuwe inleidingen tot de rechtsvergelijking gepresenteerd. Het houdt maar niet op, want wederom zijn er drie introducties op de markt gekomen: uit Duitsland, Finland en Zwitserland (nr. 9). In 1996 verscheen van de hand van Hein Kötz de eerste druk van deel I van *Europäisches Vertragsrecht*. Een collega zou deel II voor zijn rekening nemen, maar daar kwam het niet van. Bijna twintig jaar later heeft Kötz de tweede druk van het boek nu maar zelf voltooid (nr. 10). Anne Keirse wijdde haar inaugurele TPR-rede te Bloemfontein aan *Ubuntu* en redelijkheid en billijkheid (nr. 11). En dan is er uiteraard tot slot Europees privaatrecht (nr. 12).

Ik had deze maand geen bemoeienis met enige van de aangekondigde publicaties.

2. Een bundel voor Jane Ginsburg

Ze is ook in ons land een graag geziene gast: de 82-jarige Jane Bader Ginsburg. En mijn Amerikaanse *alma mater* is er maar wat trots op dat tegenover Harvard met Obama en Yale met de Clintons, ook Columbia met Ginsburg iemand heeft om trots op te zijn. Vanwege ziekte van haar man maakte Ginsburg haar Harvard-studie aan Columbia af en bovendien was ze daar van 1972-1980 als hoogleraar aan verbonden. Haar faam heeft ze in de eerste plaats te danken aan haar strijd in de jaren zeventig voor de rechten van de vrouw – haar aanstelling gaf haar de halve tijd vrij voor de advocatuur en daar maakte zij dankbaar gebruik van. Zoals een auteur het uitdrukt: ‘she arguably made her most profound mark on the law before becoming a judge, as a pioneer for women’s rights. Put simply, she changed the way the world is for American women’. Het citaat is ontleend aan een bundel voor en over haar die onlangs onder redactie van Scott Dodson bij Cambridge University Press verscheen.

De Ginsburg-bundel telt vier delen. Deel I is getiteld ‘shaping a legacy’. Het bevat een biografie door Nina Totenberg (National Public Radio) (p. 3-11) en een schets van haar aca-

¹ Citeerwijze: E.H. Hondius, ‘Kroniek Algemeen’, *NTBR* 2015/33, afl. 7. Prof. mr. E.H. Hondius is hoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht.

demische carrière door Herma Hill Kay (Berkeley) (p. 12-30). Linda Kerber (Iowa) beschrijft de ‘constitutionele transformatie’ van de twintigste eeuw:

“Sometimes an entire society’s understanding of what’s fair shifts in a decade, a year, even a single day. Children of Jehovah’s Witnesses refuse to salute the flag in school and change the way a nation views the First Amendment. Oliver Brown thinks it’s unfair that his daughter can’t attend her neighborhood school. Rosa Parks refuses to give up her seat on a Montgomery bus. Together they change definitions of what counts as equality.”

Vervolgens gaat zij uitvoerig in op de *landmark case*, *Reed/Reed*, 404 US 71 (1971) waarin het *Supreme Court* een wet van de staat Idaho die mannen boven vrouwen stelde als ongrondwettig aanmerkte. Ginsburg trad hierbij op als advocaat voor de vrouw (p. 31-43).

Neil Siegel (Duke) en Reva Siegel (Yale) analyseren de uitspraken van Ginsburg over *pregnancy discrimination as sex discrimination*, met naschrift van Ginsburg in eigen persoon over de gemiste kans van het gelijk krijgen (p. 44-58: ‘From the end of October until December 4, when we filed our brief on the merits, the full presentation of Captain Struck’s case was my principal project. But as if synchronized, the Air Force waived Captain Struck’s discharge on the eve of our submission. It was the right decision for the Air Force, and good news for Captain Struck and other service members caught in the same bind. But an ideal case to argue the sex equality dimension of laws and regulations governing pregnancy and childbirth had slipped from our grasp’). Joan Williams (Hastings) schetst ‘Justice Ginsburg’s reconstructive feminism’ (p. 59-70).

In deel II zijn bijdragen opgenomen over Ginsburg en bestaansrecht door Stephen Cohen (Georgetown) (p. 73-87) en over de *VMI case* van 1996. In deze laatste zaak – waarin het *US Supreme Court* de beperking van de toegang tot het *Virginia Military Institute* tot mannelijke sollicitanten ongrondwettig achtte – schreef Ginsburg de *majority opinion*. Cary Franklin (Texas) schrijft erover (p. 88-101). Dit deel bevat voorts twee opstellen over strafprocesrecht door Lisa Kern Griffin (Duke) (p. 102-116), resp. Aziz Z. Huq (Chicago) (p. 117-134).

In deel III beschrijft redacteur Dodson (Hastings) een revolutie in *jurisdiction* (p. 137-150). Paul Schiff Berman (George Washington) analyseert de houding van Ginsburg ten opzichte van de interactie van rechtssystemen. Dat is er niet één van een keuze voor het ene of het andere stelsel, maar ‘procedural arrangements that seek accommodation and flexibility in order to ensure that multiple legal systems and a variety of norms and processes are respected’ (p. 151-171). Deborah Jones Merritt (Ohio State) schrijft over ‘The once and future federalist’. De auteur leidt het onderwerp aldus in:

“In a series of high-profile cases, the Court has undercut both national authority and state autonomy: the results defy both the Constitution and any principles view of federalism. Justice Ruth Bader Ginsburg has repeatedly dissented from these decisions, articulating a coherent view of federalism....”

Een van deze arresten was *Bush/Gore*, 531 US 98 (2000) over de vraag of het *US Supreme Court* de staat Florida tot hertelling van de stemmen voor het presidentschap van de Verenigde Staten kon dwingen – nee dus, waardoor Bush met 271 stemmen Al Gore, die 266 stemmen kreeg, versloeg (p. 172-196).

Deel IV bevat meer persoonlijk georiënteerde bijdragen van Robert A. Katzmann (*Chief Judge US Court of Appeals Second circuit*): ‘In a life of extraordinary accomplishment, the justice has assumed iconic status for the American public. Greeting cards bear her likeness, operas are written about her, T-shirts with her images are popular gifts, Ruth Bader Ginsburg bobbleheads are hot commodities, a fan website records her wisdom’ (p. 199-205; bij wege van *addendum* vermeld ik de film *On the basis of sex* die met Natalie Portman in de hoofdrol momenteel van Ginsburgs leven wordt gemaakt en de eveneens in bewerking zijnde biografie door Irin Carmon onder de titel *Notorious RBG: the life and times of Ruth Bader Ginsburg*), Lani Guinier (Harvard) over de *dissents* van Ginsburg als *demosprudence*, dat is ‘the process of making and interpreting law from an external – not just internal – “people-driven” perspective’ (p. 206-216), Tom Goldstein (uitgever) over *oral argument* voor het *Supreme Court* (p. 217-221), Dahlia Lithwick (*senior editor*): ‘Ginsburg is indeed a feminist firebrand, but she is, both by choice and necessity, a firebrand made of ice’ (p. 222-232) en redacteur Scott Dodson (p. 237-310).

Uit de bundel komen verschillende verrassende feiten naar voren. Op het persoonlijke vlak blijkt RBG – zoals ze in het Hof wordt genoemd – de beste vrienden met Antonin Scalia, ideologisch haar tegenpool in het *Supreme Court*. Die vatte een grenzeloze bewondering voor Ginsburg op toen hij haar aan de Zuid-Franse kust zag *paragliden* (wat je als vrouw allemaal niet moet doen om in de achting van mannen te komen). Ginsburg haalt in het *US Supreme Court* lang niet altijd een meerderheid, maar ook een *dissent* kan voldoende zijn om het recht te veranderen. In *Ledbetter/Goodyear Tire & Rubber Co*, 550 US 618 (2007) inzake gelijke beloning van man en vrouw behoorde zij tot de 5-4 minderheid, maar haar argumenten – dat is weer eens een extra voordeel van *dissenting opinions* – bewogen het Congres om voor wetswijziging te stemmen, die na de verkiezing van president Obama met de *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* (2009) prompt tot stand kwam.

Verschillende van de hier aangekondigde bijdragen zijn via het internet om niet te laden.

(Scott Dodson (red.), *The legacy of Ruth Bader Ginsburg*, Cambridge: University Press, 2015, 326 p.).

3. Festschrift Lord Hoffmann

Een van de – vele – verrijkingen die een *gemenebest* het moederland kan brengen bestaat in het reservoir aan rechters waaruit het kan putten. Zo hebben diverse juristen van *down under* het in Groot-Brittannië tot rechter gebracht. Ross Cranston (Brisbane, 1948) van de *Queen's Bench Division* van de *High Court* is een van hen. De meest beroemde is ongetwijfeld de eveneens uit Australië afkomstige Lord Atkin die in *Donoghue/Stevenson*, [1932] UKHL 100, de beroemde woorden ‘Who, then, in law, is my neighbour?’ sprak. Zuid-Afrika behoorde vanwege de apartheid van 1961-1994 weliswaar niet tot het *Commonwealth*, maar juist die apartheid heeft ertoe geleid dat Zuid-Afrikaanse juristen zich in Engeland vestigden. Twee van hen, Lord Johan Steyn en Lord Leonard Hoffmann, werden er zelfs lid van het *House of Lords*. Hoffmann maakte daar van 1995-2009 deel van uit. Vervolgens keerde hij terug naar Oxford. Daar ontving hij onlangs een *Festschrift*. De bundel bevat de tekst van de voordrachten die op 25 en 26 april 2014 in Oxford werden gehouden bij gelegenheid van Hoffmanns tachtigste verjaardag.

De bundel telt negentien opstellen. Zij vangt – na een voorwoord van Lord Sumption – aan met een opstel van Hoffmanns leeftijdgenoot en mede-student Colin Tapper over Hoffmann en het bewijsrecht. Deze bijdrage is vooral amusant vanwege de schets van het rechtenonderwijs te Oxford in 1934: ‘My own college [aldus Tapper], Magdalen, provides an example. The Law Fellow hoped to become Bursar and avoided teaching law to the extent of actually hiding away from students. In Christ Church the relevant Student was regarded as so incompetent by a particularly forceful undergraduate (...), as to provoke a demand to be transferred for tuition to Balliol (...)’ (p. 1-5).

Vervolgens is het – *still going strong* (inmiddels ook al weer 94 jaar oud) – Tony Honoré (Oxford, ook van Zuid-Afrikaanse origine), die in discussie treedt met Hoffmanns visie op aansprakelijkheid voor schade aan anderen. Honoré gaat uit van het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt. Op deze regel bestaan twee uitzonderingen:

“The person held responsible for another’s misfortune has either (i) brought about or helped to bring about the event for which he is held responsible, or (ii) bears the risk of having to cope with or answer for that event.” (p. 7-12).

Sarah Green (Oxford) bespreekt de causaliteitsrechtspraak waarin Hoffmann ‘het verschil maakte’. In *Gregg/Scott*, [2005] UKHL 2, [2005] 2 AC 176 aanvaardde het *House of Lords* met 3 (waaronder Hoffmann) tegen 2 stemmen de leer van het verlies van een kans, in navolging van *Chester/Afshar*, [2004] UKHL 41, [2005] 1 AC 134. In *Fairchild/Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32 maakte Hoffmann deel uit van een unaniem hof, maar in *Barker/*

Corus, [2006] UKHL20, [2006] 2 AC 572 was hij het die daar nader richting aan gaf (p. 13-30).

In *Gray/Thames Trains Ltd*, [2009] UKHL 33, [2009] 1 AC 1339 sprak het *House of Lords* zich voor het eerst uit over de doctrine van *illegality* bij onrechtmatige daad. Een zekere Kerrie Gray had bij een spoorwegongeluk veroorzaakt door fouten van de spoorondernemer en de beheerder van de spoorinfrastructuur letsel opgelopen. Het letsel had weinig om het lijf, maar wel kreeg hij stress en een depressie. Twee jaar nadien raakte hij verwickeld in een ruzie met een voetganger, die hij neerstak en doodde. Gray claimde enige schadeposten van de spoorondernemer, die door de *Master of the Rolls* ten dele werden gehonoreerd. Ten onrechte, aldus een unaniem *House of Lords*, met Lord Hoffmann als belangrijkste rechter. James Goudkamp (Oxford) meent dat de *speech* van Lord Hoffmann het recht aanzienlijk heeft verbeterd, maar dat nog verdere verbetering mogelijk is. Overigens heeft latere rechtspraak de betekenis van *Gray* verminderd (p. 31-58).

Roderick Bagshaw (Oxford) schrijft over “Lord Hoffmann and the Economic Torts”. In het arrest *OBG Ltd/Allan* werden de *leading speeches* geschreven door Lord Hoffmann en Lord Nicholls, met als resultaat dat ‘The new scheme for the general economic torts adopted by the Court, (...), separated the tort of procuring or inducing breach of contract from the tort of intentionally causing loss by unlawful means, and exterminated the misbegotten chimera of direct interference with contractual relations’ (p. 59-84). Robert Stevens stelt dat een van de belangrijkste bijdragen van Lord Hoffmann aan het Engelse recht de schoonmaak is die hij heeft gehouden in de onrechtmatige overheidsdaad, in het bijzonder in *Stovin/Wise*, [1996] AC 923 (HL). Kritiek heeft Stevens op de uitspraak *Total Network Solutions/HMRC*, [2008] UKHL 19, [2008] 1 AC 1174, waarbij werd beslist dat aansprakelijkheid kan worden aangenomen wanneer een van twee samenzweerders onrechtmatig handelt. Maar dat was dan ook een arrest waarbij Lord Hoffmann niet betrokken was (p. 85-96).

Sandra Fredman (Oxford) schrijft onder de titel “Are Human Rights Culturally Determined?” een “Riposte to Lord Hoffmann”. Hoffmann heeft altijd de mening verkondigd dat een verscheidenheid aan culturen ook uiteenlopende regels meebrengt. Fredman bestrijdt deze visie. Zij stelt:

“that it is a mistake to address the question as if there were only two options: a universal right answer to human rights disputes or an answer which is culturally determined, precluding any further common ground. Instead, the interpretation of both the substance and limitations of human rights should be a deliberative process. There can be no aspiration to achieve absolute answers which apply in all contexts over all time but to engage in constant reasoned attempts to develop the understanding of human rights. It is through the process of delibera-

tion, consensus building, and accountability that human rights take on a dynamic role in society (p. 97-114)."

Wie wel eens een Engelse *detective* heeft gelezen, weet dat een *core issue* vaak is wie voor wie *cooks breakfast*. In *Moy-na/Secretary of State for Work and Pensions*, [2003] UKHL 44, [2003] 1 WLR 1929 overwoog Lord Hoffmann:

"A person who cannot cook for himself is entitled to the allowance, now £ 14.90 a week, whether he solves the eating problem by obtaining help, having a wife, buying television dinners or dining at the Savoy."

Alison Young heeft zich altijd afgevraagd hoe iemand voor dit bedrag in de *Savoy* kan eten. Voor het overige is haar betoog gericht op de kwestie of Hoffmanns benadering van veel publiekrechtelijke geschillen niet te particularistisch is geweest (p. 115-135). Jacob Rowbottom schrijft over vrijheid van meningsuiting en de media (p. 137-159).

Justine Pila (Oxford) onderzoekt in haar bijdrage "Lord Hoffmann and Purposive Interpretation in Intellectual Property Law" of de kritiek die is geuit op Lord Hoffmanns *opinions* in octrooizaken gerechtvaardigd is. Die kritiek houdt in dat Lord Hoffmann te *bescheiden* zou zijn geweest:

"It has been suggested that some of his most important opinions in intellectual property – for example, those concerning the patentability requirement of novelty and the substantial part test of copyright infringement – have been timid in the face of three things: (a) European authority; (b) IP rights that trammel on public freedoms; and (c) legal uncertainty."

Pila verwerpt deze kritiek: als er al enige ambivalentie is, dan is dat ingegeven door Lord Hoffmanns eerbiediging van de beleidsoverwegingen van de wetgever (p. 161-184). Alan Bogg en Hugh Collins (beiden Oxford) analyseren Lord Hoffmanns geringe bemoeienis met het arbeidsrecht, in het bijzonder in *Johnson/Unisys Ltd*, [2001] UKHL 13, [2003] 1 AC 518 waarin een aanspraak van een werknemer op schadevergoeding na ontslag op staande voet werd afgewezen (p. 185-214).

Het lijkt weinig twijfel dat Nederlandse civilisten Lord Hoffmann vooral zullen zien als de auteur van het Britse equivalent van *Haviltex*. In *Investors Compensation Scheme Ltd/West Bromwich Building Society*, [1998] 1 WLR 896 geeft Hoffmann de navolgende vijf richtlijnen voor de uitleg van overeenkomsten: 1. 'Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract'; 2. de *background* 'includes absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man'; 3. 'The law excludes from the admissible background the previous

negotiations'; 4. 'The meaning which a document (...) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean'; 5. 'if one would (...) conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had'. Paul Davies analyseert deze uitlegregels in zijn bijdrage 'The meaning of commercial contracts'. Zijns inziens bieden deze regels een grote mate van flexibiliteit. Deze flexibiliteit staat echter op gespannen voet met de rechtszekerheid en voorspelbaarheid die van een commerciële overeenkomst mag worden verwacht. Voor een vergelijking van *Investors Compensation Scheme* met *Haviltex* leze men de bijdrage van Jan van Dunné in de Grosheide-bundel (p. 215-240).

Francis Reynolds analyseert de uitspraak in *The Starsinn: Homburg Houtimport bv/Agrosin Pte Ltd*, [2003] UKHL 12, [2004] 1 AC 715 en het effect hiervan op de *Himalaya* clause, die gelijk bekend de voorloper van ons art. 6:257 BW is (p. 241-250). Andrew Burrows (Oxford) schrijft in "Lord Hoffmann and Remoteness in Contract" over de controversiële uitspraak van Lord Hoffmann in *The Achilles, Transfield Shipping Inc/Mercator Shipping Inc* [2008] UKHL 48, [2009] 1 AC 61. Burrows deelt de kritiek. Toch heeft de visie van Hoffmann eraan bijgedragen dat in het contractenrecht *Hadley/Baxendale* niet langer als het enige voorzienbaarheids criterium wordt gezien:

"Rather it must be qualified. The correct approach, which is external and policy-based not agreement-centred, is one which seeks to achieve a fair and reasonable allocation of risk. Various factors can be spelt out as relevant in deciding on that fair and reasonable risk allocation. Apart from reasonable contemplation, these include whether the whole purpose of the duty broken was to guard against the risk that has eventuated (...) or whether the loss was exceptional and disproportionate to the price (...)." (p. 251-267).

Ook in het belastingrecht is Lord Hoffmanns belangrijkste bijdrage volgens Judith Freedman (Oxford) in de *purposive construction*. "Lord Hoffmann, Tax Law and Principles":

"In the realm of tax law, as in other areas discussed in this book, Lord Hoffmann's strongest theme has been one of purposive construction. Lord Hoffmann helped to review and revise an approach to tax avoidance at a time when it had moved away from purposive construction toward a judicial rule of doubtful propriety (the so-called 'Ramsay principle.'" (p. 269-287).

In *Kleinwort Benson/Lincoln County Council* sprak het *House of Lords* zich in deze bekende renteswaps-zaak met 3 tegen 2 stemmen uit. Opmerkelijk is dat Hoffmann tot het zegevie-

rende drietal behoorde, nadat hij eerder een voorkeur voor de minderheid had uitgesproken. Frederick Wilmot-Smith (Oxford) schrijft erover onder de titel “Retrospective Mistakes of Law” (p. 289-308). Roger Smith (Oxford) analyseert de arresten van Lord Hoffmann op het gebied van het goederenrecht, in het bijzonder *Bruton/London and Quadrant Housing Trust*, [1999] UKHL 26, [2000] 1AC 406 (p. 309-329). Ben McFarlane (University College London) schrijft over “Proprietary Estoppel: The Importance of Looking Back”. In een van zijn laatste *speeches* ontleende Lord Hoffmann de volgende woorden aan Hegel:

“The owl of Minerva spreads its wings only with the falling of the dusk.”

Hij deed dat in een zaak over *proprietary estoppel* – een soort rechtsverwerking – ‘and, drawing on the judgment of Hoffmann LJ (as he then was) in *Walton/Walton*, this chapter explains the advantages of a “backwards-looking” model in understanding the nature and operation of the promise-based strand of proprietary estoppel applied in cases such as *Thorner/Major*” (p. 331-355). JENNIFER PAYNE (Oxford) ten slotte gaat in op Hoffmanns oordeel in de *Privy Council* in de zaak *Meridian Global Funds Management Asia Ltd/Securities Commission*, [1995] UKPC 5, [1995] 2 AC 500 over toerekening van onrechtmatige daden en strafbare feiten aan een rechtspersoon (p. 357-376).

Veel Nederlandse auteurs kan men in een uitgave als deze niet verwachten. In de voetnoten trof ik er toch nog één aan, Jeroen Kortmann, die indertijd al deel uitmaakte van het Oxford circuit.

(P.S. Davies, J. Pila (red.), *The jurisprudence of Lord Hoffmann*, Oxford: Hart, 2015, 388 p.; J.M. van Dunné, Normatieve uitleg à l’anglaise/*Investors Compensation Scheme (1998) als de Engelse Haviltex-zaak*, in: E.H. Hondius (red.), *Contracteren internationaal/Grosheide-bundel*, Den Haag: Boom, 2006, p. 103-118).

4. The struggle for European private law

Bij de titel *The struggle for European private law* verwacht men een schets van de epische strijd van een kleine groep juristen die voorzagen dat er nooit een Europese eenheid zou komen zonder harmonisatie van het privaatrecht. Maar de ondertitel *A critique of codification* leert meteen al dat deze verwachting onjuist is. Dit is inderdaad geen pleidooi vóór maar een *tegen* codificatie, op nationaal zowel als Europees niveau. En dat nog wel van de hand van een Italiaanse auteur, die echter wel al vele jaren in een codificatievijandige omgeving (Exeter) woon- en werkzaam is.

In 1804 kwam Napoleons *Code civil* tot stand. Deze verving „pre-revolutionary legal particularism – including 65 general customs, over 300 local customs, Roman law modified by local conditions, decisions of local *Parlements*, supplemented by canon law and by Roman law qua *ratio scripta*, opinions

of writers and inputs by courts – through the one-off emanation of a „single body of law, called the Code Civil““. Dit is niet het gezichtspunt van Niglia. Deze ziet codificaties als hybride figuren, zowel wetgeving als rechtspraak: „they are not just the product of „the will of the legislator“, but epistemic material“. Soms is de regelgeving van wetboeken het resultaat van ontwikkelingen in de rechtspraak, maar ook kan het gebeuren dat rechtspraak aan de algehele inwerkingtreding van wetgeving in de weg staat. Zo is het in het bijzonder bij Europese regelgeving gesteld, aldus de auteur. Niglia verwerpt deze „reduction of private law to legislation“. Hij doet dat met hulp van rechtsvergelijking, Europees recht, privaatrecht, rechtsgeschiedenis, staatsrecht, rechtssociologie en rechtstheorie. Dat doet hij in een erudiet, maar niet altijd even gemakkelijk leesbaar betoog.

(Leone Niglia, *The struggle for European private law/A critique of codification*, Oxford: Hart, 2015, 185 p.).

5. Directe werking van grondrechten

Op 2 oktober 2014 promoveerde aan de Universiteit Maastricht Mirjam de Mol bij Hildegard Schneider en Bruno de Witte op een dissertatie over de directe werking van de grondrechten van de Europese Unie. De directe werking en de bescherming van grondrechten zijn beide vindingen van het Hof. Het leerstuk van de directe werking dateert van het *Van Gend en Loos* arrest van 1963 (C-26/62). De eerbiediging van de grondrechten is aanvaard in de arresten *Stauder* (C-26/69) van 1969, *Internationale Handelsgesellschaft* (C-4/73) van 1970 en *Nold II* (C-4/73) van 1974. Een zeer controversiële richting is het Hof ingeslagen met de arresten *Mangold* (C-144/04) van 2005 en *Kücükdevici* (C-555/2007) van 2010. Blijkens deze arresten zijn grondrechten ook inroepbaar tegen particulieren. Ook De Mol heeft kritiek op deze rechtspraak. Onduidelijk is de grondslag van de horizontale directe werking. Na de kritiek op *Mangold* had het Hof in de latere rechtspraak gas kunnen terugnemen, maar het heeft dat nagelaten. Gelukkig geeft de auteur van de meeste arresten wel een korte feitelijke samenvatting, zodat het boek ook voor niet-deskundigen leesbaar is.

De auteur heeft uitsluitend de rechtspraak van het Europese Hof willen behandelen. Dat gaat zo ver, dat zij zelfs de discussie met collega-gepromoveerden zoals Bart de Vos – die nochtans dezelfde richting op is gegaan als zij – uit de weg gaat. Mijns inziens is dit een al te strikte opvatting van de niet in de titel uitgedrukte beperking.

(Mirjam de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie*, diss. Maastricht, Oisterwijk: Wolf, 2014, 407 p.; Bart de Vos, *Horizontale werking van grondrechten/Een kritiek*, diss. Leiden, Apeldoorn: Maklu, 2010, 416 p.).

6. Rechterlijk overgangsrecht

Op 12 mei 2014 verdedigde Sarah Verstraelen aan de Universiteit van Antwerpen bij Patricia Popelier haar proefschrift over

Rechterlijk overgangsrecht. Bij Intersentia verscheen dit jaar de handeseditie. Volgens de auteur kan de klassieke opvatting dat rechtspraak uitsluitend voor het verleden geldt, niet langer worden aanvaard. Deze declaratoire theorie is inmiddels vervangen door de constitutieve theorie. Het leerstuk van de rechtsweigering werkt het rechtsvormend optreden van de rechter in de hand. In haar proefschrift onderzoekt de auteur of het Belgische systeem van rechterlijk overgangsrecht – voor zover van een systeem al sprake is (!) – aanpassing verdient. Deze vraag wordt uitgewerkt in drie deelvragen: de eerste ziet op het *subjectieve* contentieux, de tweede op het *objectieve* contentieux en de derde op de Europese dimensie.

Op het eerste gezicht lijkt het logisch dat de rechter de werking in de tijd van zijn eigen uitspraken moet kunnen moduleren. Tegen toekenning van terugwerkende kracht pleit evenwel dat de nieuwe regel onvoorspelbaar kan zijn geweest, hetgeen vanuit een gezichtspunt van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel bezwaarlijk is. Eenzelfde probleem speelt bij wetgeving. Voorts is er de vraag of de rechter wel bevoegd is om bij wege van algemene regel rechtsvormend op te treden.

Een volgende vraag is of het Belgisch wetgevend kader omtrent de werking in de tijd aanpassing behoeft. Verstraelen acht de keuze van de Belgische wetgever voor een principiële terugwerkende kracht in het objectieve contentieux opmerkelijk, nu in Europa alleen Duitsland, Estland, Ierland, Portugal en Spanje deze kennen.

Deze studie bestaat uit zeven delen. Na het inleidend deel komt de taak van de rechter aan bod. In het tweede hoofdstuk wordt de legitimiteit van de rechter geanalyseerd. Het derde deel bevat het theoretische kader. In het vierde deel wordt het rechterlijk overgangsrecht in het subjectieve contentieux onderzocht, waarna in deel vijf het rechterlijk overgangsrecht in het objectieve contentieux wordt besproken. Deel zes ziet op de Europese dimensie en deel zeven bevat de conclusie.

Aantrekkelijk in dit proefschrift is dat het rijkelijk van voorbeelden uit de jurisprudentie is voorzien, niet alleen het te verwachten Marckx arrest (1979), maar ook Amerikaanse rechtspraak waarbij bijvoorbeeld Justice Ginsburg (zie nr. 2 hierboven) betrokken was. Dit werpt wel de vraag op welke stelsels de auteur heeft onderzocht. Merkwaardig genoeg is hier geen expliciet antwoord op te vinden. Duidelijk is wel dat het er heel wat zijn, waaronder – uitvoerig – Nederland, zoals ook blijkt uit de ruime bibliografie.

Het boek mondt uit in een vijftiental stellingen, waarvan ik de eerste vijf weergeef: 1. Een ondubbelzinnige erkenning van het regelgevend optreden van de rechter is vereist. 2. Dit actief optreden is verantwoord wanneer de rechter aan deliberatieve legitimiteitsvereisten voldoet. 3. De regelgever behoudt te allen tijde het laatste woord. 4. De publicatiestrategie van rechterlijke uitspraken, en in het bijzonder het gebrek hieraan, dient herbekeken te worden. 5. Net als bij

regelgevende normen uitgevaardigd door het Parlement en de regering, maakt ook bij rechterlijke uitspraken de temporele werking inherent deel uit van de geponeerde norm.

Rechterlijk overgangsrecht was ook een van de thema's van het rechtsvergelijkend congres van de *Académie internationale de droit comparé* te Wenen in de zomer van 2014. Inmiddels is de bundel met nationale rapporten – waaronder dat van Sarah Verstraelen (p. 81-113) – en het algemeen rapport van Eva Steiner (Londen) in druk verschenen. Steiner vat het nut van de rechtsvergelijking aldus samen:

“The great reservoir of foreign legal experience furnishes theoretical and practical ideas from which national judges may draw their knowledge and inspiration in order to be able to advise a rational method of dealing with time when they give their decisions.” (p. 1-23).

Die jurisdicties zijn naast die van België die van Argentinië door Alejandra Galán (p. 263-284), Australië door James Douglas *et al.* (p. 349-358), Brazilië door Humberto Pinho (p. 285-312), Canada door Lionel Smith (p. 247-259), Duitsland door Adam Sagan (p. 115-142), Griekenland door Antonios Karampatzos en Georgios Malos (p. 163-184), Ierland door Niamh Connolly (p. 27-63), Italië door Michele Taruffo (p. 203-206), Nederland door Remco van Rhee en Wytze van der Woude (p. 65-80), Portugal door José Linhares en Ana Gaudêncio (p. 185-201), Singapore door Gary Chan (p. 359-380), Tsjechië door Zdenek Kühn (p. 143-161), Venezuela door Hildegard Sansó (p. 313-345) en de Verenigde Staten door Richard Kay (p. 209-246).

(Eva Steiner (red.), *Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions*, Springer, 2015, 382 p.; Sarah Verstraelen, *Rechterlijk overgangsrecht*, diss. Antwerpen 2014, Antwerpen: Intersentia, 2015, 500 p.).

7. Collectieve actie

Twee Engelstalige publicaties verschenen in ons land over de collectieve actie: een naar nationaal recht in verschillende stelsels (a) en een naar internationaal privaatrecht (b).

(a) *Multi-party redress mechanisms in Europe*

Remco van Rhee is bij de lezers van deze kroniek genoegzaam bekend als veelvuldig generator van nieuwe ideeën op het gebied van het vergelijkend en historisch procesrecht. Meestal neemt dat de vorm aan van een publicatie die wordt geredigeerd door Van Rhee en een collega uit Oost-Europa. Ook het hier aangekondigde werk is volgens deze formule tot stand gekomen, ditmaal in samenwerking met Viktória Harsági, hoogleraar burgerlijk procesrecht aan de Katholieke Universiteit van Boedapest. Aan deze universiteit vond op 7 en 8 november 2013 de conferentie plaats waar de thans afgedrukte voordrachten werden uitgesproken. Het boek vangt aan met een inleiding van beide redacteuren over ‘collective redress in the European Union – comparative perspectives’. Zij wijzen op de over-

weldigende academische belangstelling voor het thema, in verhouding waarmee de daadwerkelijke verwezenlijking in Europa nog minimaal is. Dit is volgens hen toe te schrijven aan onbekendheid met de *class action* bij Europese wetgevers, vrees voor Amerikaanse toestanden en de lobby van de industrie (p. xix-xxxvi). Vervolgens bevat het boek vijftien bijdragen verdeeld over twee delen: (I) EU en de Verenigde Staten, respectievelijk; (II) nationale perspectieven. In deel I schrijft Burkhard Hess (Luxemburg) over Europese perspectieven op collectieve vorderingen op het gebied van verbodsacties voor consumentenorganisaties en van het mededingingsrecht (p. 3-14). Gyula Bándi (Boedapest) analyseert de toegang tot het recht bij collectieve Europese milieu-acties (p. 15-33). Richard Marcus (Hastings) heeft het over de 'The big bad wolf: American class actions', maar acht de Amerikaanse *class action* toch hernieuwde aandacht uit Europa waard (p. 35-51). Alan Uzelac (Zagreb) vraagt zich af waarom Europa geen *class actions* kent. Het antwoord ligt zijns inziens voor de hand: Europa telt al zo vele overheidsinstellingen die zich met regulering bezighouden. En voor de afnemers van het systeem geldt dat zij 'may thereby be dragged into another hopeless maze of endless procedures, this time more costly and more time-consuming'. (p. 53-74). Ákos Szalai (Boedapest) beziet de efficiency van *class actions* vanuit een perspectief van *law and economics* (p. 75-91).

Deel II van de bundel ziet op nationale ontwikkelingen. Allereerst schetst Stefaan Voet (Gent) de nieuwe consumentengroepsactie van België die per 1 september 2014 in werking is getreden (p. 95-109). Neil Andrews (Cambridge) doet de situatie in Engeland uit de doeken: hij schetst het politieke wel en vooral wee van enige wetgevingsprojecten (p. 111-125). Frédérique Ferrand (Lyon) geeft een overzicht van de wet die in februari 2014 in Frankrijk in werking is getreden (p. 127-152). Michael Bakowitz (Luxemburg) bericht over Duitsland, waar de *Verbandsklage* een effectief middel is gebleken. Daarentegen is het nog te vroeg om het *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* definitief te beoordelen (p. 153-169). Viktória Harsági (Boedapest) bepleit uitbreiding van de groepsactie in Hongarij, in het bijzonder op consumenten- en milieugebied (p. 171-185). Tilhamér Tóth en P. Szilágyi (beiden Boedapest) wijten het achterblijven van het Hongaarse recht aan het feit dat de Hongaarse rechter veel te lang doet over het uitspreken van een vonnis, waardoor het voor consumenten niet loont om de rechter met een kleine claim te adiëren (p. 187-196).

Elisabetta Silvestri (Pavia) herinnert de lezer aan het feit dat collectieve acties al sinds het begin van de jaren 1970 voorwerp waren van onderzoek door Mauro Cappelletti en Vittorio Denti. Maar zoals uit de titel van haar bijdrage 'Class actions in Italy: great expectations, big disappointment' al blijkt, heeft Italië behoefte aan een paradigmaverandering:

"In the field of group actions (as in many other areas of law, and most of all in procedural law), Italy represents a perfect example of hyperlegislation that has met with a disheartening lack of practical (and positive) results." (p. 197-208).

In afwijking van Zuid- en Oost-Europa is het beeld dat Remco van Rhee (Maastricht) en Ianika Tzankova (Tilburg) van het Nederlandse recht schetsen positief. Van 1994-2012 zijn er ca. 288 collectieve acties voor de rechter gekomen en de WCAM staat binnenkort een achtste vordering te wachten. Dankzij de innovatieve rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam heeft de WCAM bovendien een internationale uitstraling gekregen (p. 209-224). Robert Kulski (Lodz) beschrijft het Poolse perspectief op groepsacties (p. 225-241). Laura Ervo (Örebro) ten slotte schetst in navolging van eerdere publicaties van Per Henrik Lindblom de 'moderate start' van groepsacties in Zweden (p. 243-259).

Zijn er dezerzijds nog wensen voor de redactie? Jazeker. In de eerste plaats is dat een verslag van de discussie, dit in navolging van Duitse bundels. Het vergt wel dat er een team van verslagleggers beschikbaar is, maar dat moet in een academische omgeving kunnen lukken. In de tweede plaats zou ook een trefwoordenregister voor de lezer aantrekkelijk zijn. Registers van wetgeving en rechtspraak zijn in een verzamelbundel als deze in mijn ogen minder noodzakelijk.

(V. Harsági, C.H. van Rhee (red.), *Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice?*, Cambridge: Intersentia, 2014, 259 p.).

(b) *Collective redress en ipr*

Een van de aardigste exportproducten van het Nederlandse recht van de laatste tijd is de collectieve afwikkeling van massaschade (WCAM). In het bijzonder de gebleken mogelijkheid om de algemeenverbindendverklaring in te zetten voor schikkingen waarbij vrijwel uitsluitend buitenlanders betrokken zijn, trekt internationaal de aandacht. Maar er zijn bij collectieve acties natuurlijk veel meer internationale aspecten. Voldoende om er een proefschrift aan te wijden. Dat deed Thijs Bosters aan de Universiteit van Tilburg, waar hij promoveerde bij Ianika Tzankova en Marta Pertegás.

De dissertatie telt vier delen. In deel I bespreekt hij het Duitse *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, de Nederlandse groepsactie en de Wet collectieve afwikkeling massaschade. Deel II ziet op de bevoegdheid in grensoverschrijdende massageschillen. Deel III gaat over de erkenning en tenuitvoerlegging daarvan. Deel IV bevat de conclusies van het onderzoek. Bosters onderscheidt drie typen procedures: de testprocedure, de groepsactie en de groepsschikking. Vervolgens onderzoekt hij in hoeverre Brussel I (2000) hierop van toepassing is. Het recente Brussel I-bis van 10 januari 2015 biedt helaas weinig verduidelijking. In zijn slotwoord komt de auteur met een reeks aanbevelingen voor verbetering.

(M.W.F. Bosters, *Collective redress and private international law in the European Union/Issues regarding jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in cross-border mass disputes relating to financial services*, diss. Tilburg, Nijmegen: Wolf, 2015, 330 p.).

8. Boetebedingen

Op 6 juni 2014 vond te Münster een symposium plaats over het boetebeding. Onlangs verschenen de inleidingen in druk. Opmerkelijk is de uiteenlopende appreciatie die het boetebeding in onderscheiden jurisdicties ten deel valt. Naar sommige – maar niet alle – sprekers op het symposium te oordelen, is het hoog tijd dat hierin verandering komt. Het meest in het oog lopende verschil is dat tussen *common* en *civil law*. Terwijl het continentale recht alleen uitwassen tegen wil gaan, vertoont de *common law* een algehele oppositie tegen het boetebeding. Volgens Larry DiMatteo (Florida) dient daar een einde aan te komen. Gewapend met inzichten ontleend aan *behavioral law and economics* en de klassieke *law and economics* pleit de auteur voor afschaffing van de *common law* benadering van boetebedingen, die rechtvaardig noch efficiënt is:

“Instead penalty clauses should be presumed to be enforceable and policed like any other term in the contract with a few caveats.”

Michel Cannarsa (Lyon) wijst erop dat het onderscheid tussen het boetebeding en schadevergoeding (*liquidated damage*) in Frankrijk veel problemen oplevert. Voorschriften die de consument beogen te beschermen zorgen voor bijkomende complicaties. Gelukkig voorziet het ontwerp voor een nieuw verbintenissenrecht in verbeteringen. Het onderscheid tussen boetebeding en *liquidated damages* zorgt ook in Duitsland voor problemen volgens Florian Faust (Hamburg).

Francesco Patti (Rome) wijst erop dat het Italiaanse recht dit onderscheid juist niet maakt. Barbara Pasa (Turijn) ten slotte ziet op Europees niveau moeilijkheden bij het streven naar harmonisatie. Niet voor niets laten het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht (*CELS*) en het Weense koopverdrag (*CISG*) het verschijnsel dan ongeregeld. En waarom niet? Voor consumententransacties is het bestaande algemene arsenaal aan controlemogelijkheden afdoende en voor commerciële transacties zijn er voldoende alternatieven voor het boetebeding.

(Michel Cannarsa, Contractual penalties in French law: a glorious past, an uncertain future, *ERPL* 2015/3; Larry A. DiMatteo, Behavioral case for contractual penalties under the common law, *ERPL* 2015/3; Florian Faust, Contractual penalties in German law, *ERPL* 2015/3; Barbara Pasa, The European law of “contractual penalties”, *ERPL* 2015/3; Francesco Paolo Patti, Penalty clauses in Italian law, *ERPL*2015/3).

9. Rechtsvergelijking vergeleken: alweer nieuwe inleidingen

De afgelopen maanden zijn in deze kroniek verschillende in- en uitleidingen tot de rechtsvergelijking signaleerd. Zo werden de boeken van Samuel, Siems en Smits aangekondigd, alsmede de geleerde beschouwingen onder redactie van Monateri. En nog is de mand niet vol. Deze

maand zijn het publicaties uit: (a) Duitsland; (b) Finland en (c) Zwitserland die onze aandacht vragen.

(Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of comparative law*, Cheltenham: Elgar, 2012, 352 p.; Geoffrey Samuel, *An introduction to comparative law theory and method*, Oxford: Hart, 2014, 210 p.; Mathias Siems, *Comparative law*, Cambridge: University Press, 2014, 416 p.; Jan Smits, *Contract law/A comparative introduction*, Cheltenham: Elgar, 2014, 288 p.).

(a) **Duitsland: publiekrecht neemt het stokje over**

In Duitsland zorgt Uwe Kischel (Greifswald) voor een wisseling van de wacht. Sinds jaar en dag waren het de civilisten Zweigert en Kötz die de inleiding tot de rechtsvergelijking monopoliseerden. Het duo heeft algemeen lofprijzingen gekregen, maar als bezwaar werd wel aangetekend dat het publiekrecht er bij hen wat bekaaid afkwam. Hoe dan ook: Kötz heeft laten weten dat er van de *Einführung in die Rechtsvergleichung* geen nieuwe druk zal komen – dat geldt niet voor zijn inleiding tot het Europees privaatrecht: zie nr. 9 hieronder – zodat er ruimte kwam voor een nieuwe Duitse publicatie. Die is er thans met de omvangrijke bundel van Uwe Kischel, hoogleraar publiek recht, Europees recht en rechtsvergelijking te Greifswald. Civilisten hoeven niet te vrezen dat het privaatrecht in dit boek wordt ondergesneeuwd, want Kischel is ook werkzaam geweest aan het privaatrechtelijk Mekka, het *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* te Hamburg.

Kischel begint met het gebruikelijke overzicht van *Grundfragen*: wat is rechtsvergelijking, hoe verhoudt deze zich tot andere deeldisciplines, wat zijn de doeleinden, welke methode hanteert de rechtsvergelijking en hoe staat het met rechtsfamilies, rechtscultuur en context. Op het punt van de – inmiddels vaak versmade – leer van de rechtsfamilies citeer ik met instemming zijn visie:

“Die Rechtskreislehren haben also schon vom Ergebnis her ihre klare Berechtigung und ihren klaren Platz.“ (p. 228).

Vervolgens behandelt hij een aantal rechtsfamilies in context: de *common law*, het Europees-continentale recht (de Duitse en de Franse families), Afrikaans recht (statelijk en inheems), Azië (China, Japan, Taiwan, Zuid-Korea, India, Indonesië), Islamitisch recht en transnationaal recht. In een addendum bij het continentaal-Europese recht besteedt Kischel afzonderlijk aandacht aan Oost-Europa, Scandinavië, Latijns-Amerika en de vraag of *common* en *civil law* convergeren.

Geen Nederlands recht wordt bij Kischel besproken, op een snippertje koloniaal erfgoed na. Het Indonesische recht komt namelijk wel vrij uitvoerig aan bod. Besproken worden de al dan niet islamitische grondslag van de Indonesische staat, het adatrecht, het probleem van de corruptie en het probleem van de onbegrepen Nederlandse rechtstaal.

Iets anders. Zelf pleeg ik Utrechtse studenten voor te houden dat Schots recht tot de gemengde stelsels behoort. Maar in het licht van de opmerkingen van de door Kischel geciteerde David Edward verdient deze opvatting wellicht bijstelling: ‘for most practical purposes, the Scottish legal system belongs firmly within the common-law family’ schreef Edward in 1994. Tja, en verder bevat het boek een weelde aan wetenswaardigheden. Mooi is het te weten dat in Engeland nog in 1571 een geschil over een stuk land door de beide pretendentes via een duel werd beslist. Het vermaarde *Donoghue/Stevenson* is volgens de auteur geen novum maar integendeel een bevestiging van de oude leer. Prachtig ook een citaat van Terré over de betekenis van de *Code Napoléon*: ‘Dans le fond, le Code portait la marque du génie de la France’ (p. 481). De veroordeling van een Tanzaniaan tot zeven jaar gevangenis wegens (poging tot?) tovenarij, de onmogelijkheid om het begrip subjectief recht bij onbekendheid hiermee in het Japans uit te drukken en de hiermee verbonden weigering van de overheid om de rechterlijke macht voor geschillen tussen burgers open te stellen, de *dharma*, *vedas* en *smritis* van het traditionele Hindoe-recht en het verbod van de polygamie in het Joodse recht door rabbi Gerschom ben Juda van 1040; bij Kischel komen we het allemaal tegen.

Een praktische aanwijzing tot slot:

“Darum wird hier auch davon abgeraten zu versuchen, umfassend alle Quellen schon vor der Niederschrift zu lesen: Nicht nur geraten die Details ohnehin leicht in Vergessenheit, es muss ohnehin alles noch einmal wiederholt werden.“ (p. 216).

Het boek gaat dan niet over Nederlands recht, maar komen er dan wel Nederlandse auteurs in voor? Ook dat valt tegen, maar een *quick-scan* levert wel enkelen op: Franz von Benda-Beckmann, Erhard Blankenburg, Jan Dalhuisen, Martijn Hesselink, uw kroniekschrijver (verrassend: over Scandinavisch recht), Wouter Hins, Harm Schepel, Jan Smits en Rein Wesseling.

Over de (zijn) werkwijze had Kischel wel wat uitvoeriger kunnen zijn. Waarom bijvoorbeeld Benedicte Fauvarque-Cosson zonder accenten wordt geschreven (hoe zou de Duitse lezer het vinden als een Engels of Franstalig boek Duitse namen zonder *Umlaut* zou citeren). En waarom Russische teksten wel in het cyrillisch, maar Chinees en Japans niet in *kanji* weergegeven?

(Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung*, München: Beck, 2015, 1010 p.).

(b) **Finland: wijsheid uit het hoge noorden**

Uit het hoge noorden van Finland deed Jaakko Husa (Rovaniemi: Universiteit van Lapland) zijn *New introduction to comparative law* tot ons komen. Dit boek is niet bedoeld als inleiding tot de rechtsvergelijking, maar als een vervolg daarop. Dat betekent dat er in ons land naar ik vrees weinig emplot voor zal zijn. De auteur begint met een prachtig Japans citaat:

“It is difficult to understand the universe if you only study one planet.”

Na een beknopte inleiding tot het boek en de rechtscultuur schetst Husa de ontwikkeling van rechtsvergelijking als discipline. Dan slaat hij aan het definiëren en het aanbrengen van onderscheiden. Waarom wordt aan rechtsvergelijking gedaan? En welke strategieën dienen zich daarvoor aan? Er volgt een bespreking van het bekende *tertium comparationis* en een schets van de hindernissen. Datgene wat gewoonlijk met rechtsfamilies wordt aangeduid, is bij Husa onder de macro-vergelijking te vinden. Ten slotte besteedt hij aandacht aan de vraag of er vooruitgang is in het recht – zie daarover bij ons de publicaties van Grosheide en van Nieuwenhuis & Stolker. Het boek wordt afgesloten met een hoofdstuk ‘Groupings, classifications, categories’.

Een boek als dat van Kischel, hierboven genoemd, is voor de lezer zo aardig vanwege de talloze anekdotes over vreemd recht. Hoewel men dat bij een boek met een hoge graad van abstractie als dat van Husa wellicht niet zou verwachten, komt ook hij met rechtsvergelijkende wetenswaardigheden. Zo bijvoorbeeld over de *Mabo case*, waarin het Australische *High Court* het recht van de oorspronkelijke bevolking op land erkende, over de elf officiële talen van Zuid-Afrika, een citaat van Cicero en tot slot een citaat van Otto Kahn-Freund:

“On the professor of comparative law the Gods have bestowed the most dangerous of their Gifts, the gift of freedom.”

Wat levert de *quick-scan* aan Nederlandse auteurs op: de *usual suspects* Maurice Adams, Franz von Benda-Beckmann, Erhard Blankenburg, Jacco Bomhoff, René de Groot, Martijn Hesselink, uw kroniekschrijver (van wie Husa een Nederlandstalige publicatie citeert), Marieke Oderkerk, Jan Michiel Otto, Jan Smits, Bernard Stolte en Maartje de Visser.

(Jaakko Husa, *A new introduction to comparative law*, Oxford: Hart, 2015, 284 p.).

(c) **Zwitserland: bron van ‘legal transplants’**

Ook de Zwitserse uitgave is primair voor studenten bestemd, maar dan beginners. Zij bestaat uit twee delen. In een eerste deel worden algemene vragen van rechtsvergelijking besproken: wat houdt rechtsvergelijking in, hoe vindt vergelijking plaats, hoe geschieden overplaatsing en ontvangst van rechtsfiguren? In deel twee worden vier rechtsfamilies geschetst: het continentale recht, de *common law*, het privaatrecht in Oost Azië – door Sandra Hotz – en rechtstelsels die worden beïnvloed door religies – door Patrick Brozzo. Naast een algemene schets van de betrokken familie worden hieruit steeds enkele voorbeelden gelicht. Voor het continentale recht zijn dat: Duitsland, Frankrijk en Zwitserland; voor de *common law*: Engeland, de Verenigde Staten en Schotland (dat zichzelf – althans tot de zoiest hierboven geciteerde opmerking van David Edward – liever als *mixed*

gekenschetst ziet); voor het Verre Oosten: Japan, Zuid-Korea en China en voor de religieuze stelsels: Islamitisch recht, het Arabisch schiereiland en Israël. Het boek wordt afgesloten met *Guidelines for writing a paper in comparative private law*, samengesteld door Olivier Riske.

Dit is een boek naar mijn hart. Aan de ene kant geeft het ruim voldoende informatie over de historische achtergrond van de verschillende rechtsstelsels. Een mooi voorbeeld is de schets van de ontwikkeling van het Engelse recht. Aan de andere kant wordt ook de theorie van de rechtsvergelijking niet veronachtzaamd. Het is juist interessant dat een Zwitsers team dit boek heeft geschreven. Zwitserland is een land dat enerzijds openstaat voor rechtsvergelijkende invloeden, anderzijds het recht van het Turkijë van Atatürk sterk heeft geïnspireerd. Interessant is dat de Turken recentelijk een voorontwerp tot modernisering van het schadevergoedingsrecht, dat de Zwitsers zelf hebben afgewezen, wel tot wet hebben verheven. Wat ons natuurlijk raakt is de vraag hoe het verfijnde Zwitserse recht zich met de tradities van de Turkse binnenlanden verdraagt. De auteurs geven verschillende voorbeelden van mislukkingen, maar toch constateren zij dat het burgerlijk huwelijk – na aanvankelijke tegenstand uit religieuze hoek – aan een opmars bezig is.

Het boek van Müller-Chen, Müller en Widmer Lüchinger biedt studenten en praktici mijns inziens een prima inleiding. Hoe staat het met de belangstelling voor ons land? Die is vrijwel afwezig. De rechtsvergelijkende arbeid aan het nieuwe BW, het nieuwe BW zelf: zij worden niet vermeld (terwijl die toch juist in het recente hercodificatieproject OR2020 veel aandacht hebben gekregen). Drie Nederlandse auteurs slechts worden 2x of vaker vermeld: Katharina Boele-Woelki, Willem Grosheide en Jan Smits. Er ontbreken ook veel andere stelsels, maar in de kern lijkt de inhoud mij voor een goed eerste beeld ruim voldoende.

De auteurs hebben een website in het leven geroepen, waarop zij addenda hopen te plaats. Toen ik deze website eind april wilde raadplegen, was zij nog niet in de lucht ('Additional course material will be available on Claroline').

(Markus Müller-Chen, Christoph Müller, Corinne Widmer Lüchinger (red.), *Comparative private law*, Zürich: Dike, 2015, 450 p.).

10. **Europäisches Vertragsrecht**

Van inleidingen tot de rechtsvergelijking gesproken: geen boek heeft ooit zo'n succes gehad als de *Einführung in die Rechtsvergleichung* van Konrad Zweigert en Hein Kötz (derde druk 1996). Vooral dankzij de voortreffelijke Engelse vertaling van Tony Weir is dit de inleiding tot de rechtsvergelijking geworden. Inmiddels begint Zweigert-Kötz tekenen van slijtage te vertonen, maar helaas voor de liefhebbers: een opvolgende druk is niet in zicht, zo verzekerde Kötz mij. Waar Kötz onlangs wel voor heeft gezorgd, is een nieuwe editie van zijn *Europäisches Vertragsrecht*. Dat heeft

een merkwaardige geschiedenis. In 1996 verscheen deel I van *Europäisches Vertragsrecht* van de hand van Hein Kötz. Deel II waarin nakoming, niet-nakoming, ontbinding en schadevergoeding aan de orde zouden komen, zou worden verzorgd door Axel Flessner. Bijna twintig jaar later is het wachten nog steeds op deel II en nu heeft Kötz dat deel er maar bij genomen, ofschoon ook Flessner nog steeds van plan lijkt om zijn deel te voltooien.

De nieuwe Kötz telt drie delen: over totstandkoming, nietigheden en inhoud; sancties; en overeenkomsten en derden. Geheel nieuw is het tweede onderdeel, dat in het Duits *Vertragliche Rechtsbehelfe* heet en paragrafen bevat over nakoming, ontbinding, schadevergoeding en onvoorziene omstandigheden. Het derde onderdeel ziet op volmacht, overeenkomsten ten gunste van derden en cessie; de derdenwerking van exonerationclausules wordt er dus niet behandeld. In het eerste onderdeel is de indeling niet bij het oude gebleven. De paragraaf over handelingsonbekwaamheid is geschrapt, waartegenover staat dat een paragraaf over het herroepingsrecht werd opgenomen.

Lezenswaardig is allereerst de inleidende paragraaf. Rechtsvergelijking is altijd nuttig geweest, schrijft Kötz. Zij draagt eraan bij het eigen recht beter te leren begrijpen en inspiratie voor het vullen van leemten op te doen. Rechtsvergelijking is de basis voor grootscheepse harmonisatieprojecten, zoals die van het Weense kooprecht. Zij heeft belangrijke pedagogische aspecten. En daarboven heeft rechtsvergelijking nu ook als taak:

“Auf vergleichender Grundlage ein eigenes gemeineuropäisches System zu entwickeln und für bestimmte Gebiete – nicht nur für das Vertragsrecht, sondern auch für das Recht der unerlaubten Handlungen, das Kreditsicherungsrecht, das Gesellschaftsrecht, das Familien- und Erbrecht – zu zeigen, ob und aus welchen Gründen es in Europa allgemein akzeptierte Grundlagen gibt, welche diese Grundlagen sind und ob ihre Entwicklung auf konvergierenden oder auch divergierenden Linien verläuft.”

Zelf heb ik Kötz voor het eerst horen spreken over algemene voorwaarden. In de jaren zeventig van de vorige eeuw preadviseerde hij daarover voor de *Deutsche Juristentagung* te Hamburg. Dat betoog maakte op de paar duizend deelnemers veel indruk. Ook nu is zijn verhaal het lezen meer dan waard.

Wie zijn de Nederlandse auteurs die bij Kötz aandacht krijgen: genoemd worden Danny Busch, Deirdre Curtin, Jan van Dunné, Sjeff van Erp, Hugo Grotius, Arthur Hartkamp, uw kroniekschrijver, Anne Keirse, André Klip, Joseph Mc Cahery, Arthur Salomons, Harriët Schelhaas, Jan Smits en Gerd Steenhoff. Nederlandse wetsbepalingen die worden geciteerd zijn de art. 2:265, 3:37, 3:39, 3:40, 3:61, 3:63, 3:66, 3:69, 3:70, 3:72, 3:74, 3:94, 3:236, 3:260, 3:296, 6:2, 6:82, 6:105, 6:130, 6:222, 6:223, 6:228, 6:233, 6:235, 6:236f, 6:237g, 6:240, 6:247, 6:248, 6:253, 6:256, 6:262, 6:265, 6:271,

7A:1638 d BW en 611 Rv. Uit de rechtspraak worden vermeld NJ 1950, 559, NJ 1965/104, NJ 1978/125, NJ 1988/1017, NJ 1990/583, NJ 1991/647, NJ 1993/287 en NJ 2002/1461. Anders dan men nu wellicht zou menen, heeft Nederland geen bijzondere plaats in dit boek. Andere Europese landen hebben een vergelijkbare aandacht gekregen. Het zal duidelijk zijn dat dit naast het *Draft Common Frame of Reference* een ware *Fundgrube* voor de ware rechtsvergelijker is.

(Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, tweede druk, Tübingen: Mohr, 2015, 535 p.).

11. Ubuntu en redelijkheid & billijkheid

Zuid-Afrikaans recht heeft voor ons Nederlanders iets fascinerends. Is het werkelijk mogelijk dat ergens op de wereld nog het oud-Nederlandse recht van vóór de Franse tijd van kracht is? Hoe gaan de Zuid-Afrikanen om met hun nieuwe post-apartheid Grondwet? En hoe worden inheemse begrippen als *Ubuntu* geïntegreerd? *Ubuntu* is in ons land niet een volledig onbekend begrip. In Utrecht is er zelfs een studievereniging met die naam (*CS Ubuntu*). Over *Ubuntu* gaat ook de inaugurele rede van Anne Keirse op een TPR-leerstoel aan de Universiteit van de Vrijstaat te Bloemfontein (Zuid-Afrika). De rede illustreert de betekenis van eeuwenoude grondbeginselen en kernwaarden voor de ontwikkeling van het verbintenissenrecht van de toekomst.

In Zuid-Afrika speelt *Ubuntu* een belangrijke rol, overigens niet alleen in het recht. Dat blijkt uit de door Keirse geciteerde Desmond Tutu:

“One of the sayings in our country is Ubuntu – the essence of being human. Ubuntu speaks particularly about the fact that you can’t exist as a human being in isolation. It speaks about our interconnectedness. You can’t be human all by yourself, and when you have this quality – Ubuntu – you are known for your generosity.”

Het meest prominent is de juridische rol van *Ubuntu* in het publiekrecht, maar ook in het civiele recht komen we het tegen, zoals bij de afwijzing van de aansprakelijkheid jegens slachtoffers van de apartheid in de AZAPO-zaak. Het illustreert treffend het belang van de historische ontwikkeling van het recht. Drie lessen vallen hier voor ons uit te leren. In de eerste plaats springt de urgentie van relativering van de betekenis van het individuele recht in het oog. Ten tweede brengt de filosofie van *Ubuntu* de behoefte aan harmonie en het belang van herstel van relaties aan het licht. En in de derde plaats droogt de bron van geluk van ontvangen op, als men niet zelf geeft.

(Anne L.M. Keirse, *Ubuntu/Voor een verbintenissenrecht met ruggengraat/Over lessen van het Afrikaanse wereldbeeld en Grieks- en Romeinsrechtelijke grondbeginselen voor het hedendaagse verbintenissenrecht*, TPR 2014, p. 1055-1116, waarover Edwin van Wechem en Jac Rinkes, 'Kroniek Ver-

mogensrecht', *NJB* 2015/730, p. 938 en Dirk Louw, 'Ubuntu heroorweeg', *Tijdschrift voor Filosofie* 2015, p. 7-26).

12. Europees privaatrecht

In mei stonden de kranten vol van op handen zijnde Europese regelgeving om het digitale verkeer te bevorderen. Betekent dit wellicht ook dat er weer hoop komt voor het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht? De mededeling van de Europese Commissie over de *digital single market strategy* bevat hierover een enigszins cryptische passage:

“The Commission will put forward **clear contractual rules for online sales** of both physical goods like shoes or furniture and digital content, like e-books or apps. It will fill in the existing legislative gap at EU level regarding digital content and will harmonise a key set of rules for physical goods. This will create a **level-playing field** for businesses, allow them to take full advantage of the Digital Single Market and sell with confidence across borders. At the same time, it will boost **consumer trust** in online purchases. Consumers will have even more **solid and effective rights**. For example, if the e-book you just bought is defective, it will be easier for you to obtain a remedy against the trader. Europeans will be able to shop in other EU countries as easily as in their home countries and get the best products at the best price.”

In zijn *European private law news* blog duidt Eric Clive (Edinburgh) deze passage als de mogelijke herleving van het voorstel, maar dan zonder het optionele karakter.

(Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions/A Digital Single Market Strategy for Europe, 6 May 2015, COM(2015) 192 final – bij het ter perse gaan van dit nummer begin juni nog niet in het Nederlands verkrijgbaar).

In de kroniek Algemeen van het oktobernummer onder meer:

- De toekomst van het ondernemingsrecht
- Meerpartijenovereenkomsten
- De voorwaarde in het vermogensrecht
- Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging
- Maatschappelijke verantwoord ondernemen
- Europees privaatrecht
- Voordeelstoerekening
- Eigendomsvoorbehoud in Groningen
- Aansprakelijkheidsrecht in Nijmegen
- Arbitrage en transportrecht uit Oost-Europa