

## Kroniek Algemeen

NTBR 2016/9

In december van het vorig jaar vond de presentatie plaats van het Asser-deel *Beginselen van burgerlijk procesrecht* van de hand van Ivo Giesen. Corjo Jansen publiceerde een boek over de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht in de negentiende eeuw. Vijftig jaar geleden wees het Britse *House of Lords* de *leading case* over zuiver economische schade *Hedley Byrne v Heller*; hetgeen in Australië met een symposium werd herdacht. Chris Hodges publiceerde een doorwrochte studie over *Law and corporate behaviour*, met een verrassende conclusie. Het *Tijdschrift voor consumentenrecht* en de *European Review of Private Law* brachten themanummers uit over toegang tot het recht en geschillencommissies voor consumentenzaken (ADR). Een feestbundel was er voor de Duitse *mergers & acquisitions*-advocaat Gerhard Wegen. Corruptie bij internationale handelscontracten is het thema van een bundel van Michael Joachim Bonell en Olaf Meyer. In Tilburg verscheen een *memorial* voor Willem Witteveen, omgekomen bij de MH-17 vliegramp. Rampen zijn ook het thema van een Utrechtse studie van Esther Engelhard en Rianka Rijnhout. De Vereniging voor Burgerlijk Recht ten slotte vergaderde aan de hand van preadviezen van Michael Faure, Louis Visscher en Ianika Tzankova over collectieve acties.

### 1. Inleiding

Op 4 december vond in Utrecht de uitreiking van het eerste exemplaar plaats van Ivo Giesens Asser Procesrecht deel 1 over *Beginselen van burgerlijk procesrecht* (nr. 2). Onze nationale rechtsgeschiedschrijver Corjo Jansen publiceerde een boek over de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht in de – lange – negentiende eeuw (nr. 3). Onlangs was het – ruim – vijftig jaar geleden dat het Britse *House of Lords* het standaardarrest *Hedley Byrne v Heller* wees; het leverde aan de andere kant van de wereld, in Brisbane, een conferentie op (nr. 4). De naam Chris Hodges wordt hier te lande veelal met ADR geassocieerd, maar deze hoogleraar in Oxford heeft nog veel meer in zijn mars, hetgeen resulteerde in het kloekke boekwerk *Law and corporate behaviour* (nr. 5). Aan ADR – en aan toegang tot het recht, een van Giesens beginselen van procesrecht – was wel een themanummer gewijd van de *European Review of Private Law* (ERPL) onder redactie van een andere Chris: Chris Willett; datzelfde geschiedde in het *Tijdschrift voor Consumentenrecht* (TvC) bij gelegenheid van het dertigjarig bestaan van dat blad (nr. 6).

We zetten onze reeks Duitse feestbundels voort met het *Festschrift* voor de fusie- en overnamespecialist Gerhard Wegen – volgende maand volgt nog de processualist Eberhard Schilken (nr. 7). Niet alleen onze nationale politie blijkt aangetast door corruptie, zelfs bij internationale handelscontracten is dat het geval, zoals wordt geanalyseerd in een bundel van Michael Joachim Bonell en Olaf Meyer (nr. 8). Daarop sluit mooi het preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' aan, dat handelde over *Klokkenluiders in perspectief* (nr. 9). De *Tilburg Law Review* publiceerde een *memorial* voor Willem Witteveen (nr. 10) en ook daarbij past als vervolg een Utrechtse studie over rampenrecht (nr. 11). En in Amsterdam kwam nog een andere vereniging, die voor burgerlijk recht, bijeen om over collectieve acties te beraadslagen (nr. 12).

Juist voor het ter perse gaan van deze kroniek kwam uit Brussel de lang verbeide opvolger van het door Eurocommissaris Frans Timmermans getorpedeerde voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht. Op 9 december 2015 diende de Europese Commissie een voorstel in voor een richtlijn 'on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods' (COM(2015) 635 final). Het voorstel gaat vergezeld van een voorstel voor een richtlijn 'on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content' (COM(2015) 634 final) en voor een verordening 'on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market' (COM(2015) 627 final). Zowel het *European Law Institute* als de *Europese Rechtsacademie* hebben meteen conferenties over de nieuwe teksten uitgeschreven.

Zelf was ik deze maand bij geen van de genoemde publicaties rechtstreeks betrokken, hooguit zijdelings als redacteur van de in nr. 6 vermelde ERPL en TvC.

### 2. Beginselen van burgerlijk procesrecht

Het is al lang geleden dat de Asser-serie alleen op materieel burgerlijk recht betrekking had. Inmiddels is een reeks procesrechtelijke delen verschenen. Daaronder valt thans ook het deel *Beginselen van burgerlijk procesrecht* van de Utrechtse hoogleraar – en hoofdredacteur van dit blad – Ivo Giesen. Op 4 december vond aan Giesens thuisbasis, het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, de uitreiking van het eerste exemplaar plaats aan Fred Hammerstein, regeringscommissaris voor KEI (kwaliteit en innovatie rechtspraak), die op het gebied van het procesrecht zowel de rechtsprekende als de wetgevende functie heeft uitgeoefend. De uitreiking werd omlijst door een symposium waar Jan Vranken (Tilburg), Karlijn Teuben (advocaat) en Dineke de Groot (Hoge Raad) het woord voerden. Vranken stelde de vraag of Giesen de waarheidsvinding terecht vooralsnog als beginsel afwijst. Teuben wees erop dat de advocatuur niet dagelijks met beginselen bezig is. Zij betwijfelde het nut van

<sup>1</sup> Citeerwijze: E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', NTBR 2016/9, afl. 2. Prof. mr. E.H. Hondius is hoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht.

de suggestie van Giesen om op grond van het Nederlandse recht bij processuele tekortkomingen schadevergoeding (ook voor immateriële schade) toe te kennen. De Groot wees op het nut van een dialoog van Hoge Raad en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

's Ochtends had al een *launch* voor jongeren plaatsgevonden, waar Clark Warren en Laura van Kessel spraken. Warren wees erop dat Asser-Giesen in die zin afwijkt van het laatste algemeen deel van Asser-Vranken dat Vranken veel minder aandacht besteedt – en hoefde te besteden – aan het EVRM. Voorts had hij kritiek op het ontbreken van de goede procesorde als zelfstandig beginsel. Van Kessel was het niet eens met de beperkte betekenis die Giesen toekent aan de rechtsvergelijking. Ook wanneer het EVRM leidt tot een zekere harmonisatie wil dat nog niet zeggen dat de beginselen in de lidstaten gelijk zijn getrokken. Als voorbeeld noemde zij het beginsel van hoor en wederhoor, dat in Duitsland een veel ruimer toepassingsgebied heeft dan bij ons. Asser-Giesen bevat overigens wel degelijk rechtsvergelijkende gegevens, zoals verwijzingen naar de *Principles of Transnational Civil Procedure (PTCP)*, de derdenwerking van mensenrechten in België, het Britse *Woolf report*, bij de discussie over waarheidsvinding als beginsel, enz. Toch durft hij het niet aan 'om dit boek een (extern) rechtsvergelijkende analyse te noemen, want daarvoor is de omvang van de rechtsvergelijking gewoonweg te gering en is de rechtsvergelijking onvoldoende structureel doorgevoerd'.

Dan nu het boek zelf. Dat bestaat uit twee delen. Deel A bevat algemene beschouwingen: in hoofdstuk 1 is dat een algemene inleiding, in hoofdstuk 2 de rechtsvinding en de *multilevel* civiele rechtspleging, hoofdstuk 3 gaat over nieuwe beginselen van civiel procesrecht en hoofdstuk 4 over sanctionering. Waarin onderscheidt zich dit boek van eerdere publicaties zoals die van P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure, 2008?* Volgens Giesen schuilt dat in vier punten: het vertrekpunt zijn – de – zeven Nederlandse beginselen van procesrecht, die mede worden geanalyseerd vanuit de invloed die het EVRM daarop heeft gehad; de bespreking van de beginselen is beperkt gebleven; de nadruk ligt op schendingen; de auteur heeft gekozen voor een multidimensionale benadering. Wat verstaat Giesen onder *beginselen*? Dat zijn volgens hem 'die basisvoorwaarden (...) zonder welke niet meer gezegd kan worden dat het civiele proces eerlijk kan en zal zijn, zodat de civiele rechtspleging in zijn geheel, het stelsels van procesrecht als zodanig, niet langer geloofwaardig, eerlijk en werkbaar is'. Veel meer is er in dit boek niet over te vinden, hetgeen verrast omdat hier nogal wat uiteenlopende opvattingen over bestaan. Wel uitvoerig zijn zijn beschouwingen over de doelstellingen van het civiele procesrecht. Nuttig zijn de feitelijke gegevens die Giesen fourneert – van een van de uitvinders van de civilologie had men niet anders verwacht. Vervolgens besteedt de auteur aandacht aan de invloed van de Raad van Europa en het EVRM op het Nederlandse procesrecht. Dan verlegt hij zijn aandacht naar het 'schuren' van beginselen.

Hoofdstuk 2 ziet op 'multilevel' rechtspleging. De meerge-laagdheid doet zich voor in verschillend perspectief, zoals nationaal en internationaal; overheids- en zelfregulering. In hoofdstuk 3 werpt Giesen de vraag op of zich naast de oudgedienden nieuwe beginselen aandienen zoals *new public management*, waarheidsvinding en effectieve rechtsbescherming. Vooral de vraag of waarheidsvinding als beginsel moet worden erkend, is momenteel omstreden. In afwijking van Ruth de Bock en Daan Asser meent Giesen dat de waarheidsplicht en de idee van de waarheidsvinding (nog) geen beginsel van burgerlijk procesrecht mag worden genoemd. Hoofdstuk 4 gaat over sanctionering na schending van een beginsel van procesrecht. De auteur bepleit hier meer onderzoek om minimaal te voorkomen dat Nederland een schrobbering van het Europese Hof van Straatsburg krijgt.

Deel B kent, aansluitend bij Van Boneval Faure's zevental, zeven beginselen: toegang tot de rechter (hoofdstuk 5), onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter (hoofdstuk 6), hoor en wederhoor (hoofdstuk 7), openbaarheid (hoofdstuk 8), redelijke termijn (hoofdstuk 9), motiveringsplicht (hoofdstuk 10) en partijautonomie (hoofdstuk 11). De toegang tot de rechter is volgens Giesen misschien wel het meest wezenlijke van alle beginselen van procesrecht. Hier spelen niet alleen het daadwerkelijk afdwingen van een recht, maar ook het voorkomen van eigenrichting en het heffen van griffierechten, alsook de geschillencommissies, en massaschadeclaims. Maar het belangrijkste wetsartikel bij de toegang is en blijft art. 6 EVRM. In het hoofdstuk over onafhankelijkheid en onpartijdigheid maakt Giesen melding van het voornemen om een nieuw eerste lid aan art. 17 Grondwet toe te voegen dat iedereen recht geeft op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Voorts komen in dit hoofdstuk de onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende en de wetgevende macht, procespartijen en de psychologische aspecten, arbitrage, wraking en verschoning en de *Leidraad onpartijdigheid van de rechter* aan de orde. De auteur voorspelt dat over enige tijd op grond van data-analyses van iedere rechtbank en van elke individuele rechter kan worden nagegaan hoe deze rechtspreekt in bepaalde zaken en welke patronen daaruit volgen.

Hoor en wederhoor zie ik zelf als het meest juridische beginsel van procesrecht, in die zin dat het onder juristen gemeengoed is terwijl leken er minder mee vertrouwd zijn. Hier vinden we ook een rechtseconomische analyse van het procesrecht. Voorts komt hier de strijd tussen beginselen aan de orde. In de strijd tussen hoor en wederhoor en redelijke termijn wint volgens Giesen de eerste, maar er zijn grenzen, zoals bij afstand van recht en in beslagzaken. Openbaarheid van rechtspraak is een beginsel waarop eveneens uitzonderingen worden toegelaten (art. 27 Rv). Toch is openbaarheid een belangrijk uitgangspunt; hoezeer dit het geval is, blijkt pas als we zien hoe deze in andere landen vaak ontbreekt. Berechting binnen een redelijke termijn (b)lijkt naar Nederlands recht geen echt probleem te zijn; 'Italiaanse toestanden kennen wij niet'. De motive-

ringsplicht van de rechter daarentegen is in ons recht volgens Giesen ondergewaardeerd. Ook de handhaving hiervan is door het ontbreken van een goede sanctie onder de maat. De meeste discussie vindt in het procesrecht plaats over de lijdelijkheid van de rechter, de taakverdeling tussen rechter en partijen en de rol van de partijautonomie. Over partijautonomie en de actieve rechter handelt het slothoofdstuk van dit boek. De algemene trend wijst volgens de auteur in de richting van een actieve rechter. Zo'n actieve rechter heeft behoefte aan een basispakket beginselen. Die vindt hij of zij in dit Asser-deel.

(W.D.H. Asser, *Procesrecht deel 3 Bewijs*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2012, 200 p.; R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2011, 409 p.; I. Giesen, *Asser procesrecht 1 – Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, 584 p.)

### 3. Burgerlijk recht tussen legisme en vrije rechtsvinding

U bent civilist, hebt trouw de bundels van Peter Kop en Gerrit van Maanen over het legisme ten tijde van Diephuis gelezen en kent de geschiedenis van de Zutphense juffrouw en Lindenbaum/Cohen bijna uit uw hoofd. Is er dan toch nog iets van de beoefening van het burgerlijk recht in ons land in de negentiende eeuw dat u niet bekend is? Lezing van *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19<sup>e</sup> eeuw* van de hand van onze nationale rechtsgeschiedschrijver Corjo Jansen zal u dra tot een volmondig bevestigend antwoord op deze vraag leiden. Er is veel dat althans voor de gemiddelde civilist onbekend is.

Eerst iets over de titel: was de negentiende eeuw inderdaad langer dan andere eeuwen – vanwege invoering van een schrikkelseconde, of omdat een Paus ermee heeft zitten hannesen? Nee: de naam komt uit Duitsland waar men de negentiende eeuw omstreeks 1920 laat eindigen met het einde van de Eerste Wereldoorlog. In ons land gaat Jansen zelfs nog langer door, tot 1940.

Wat heeft de auteur ons te vertellen? Bijvoorbeeld dat de praktijk aan het eind van de achttiende eeuw steeds scherpere kritiek uitte op het Romeinse recht. Volgens de president van de Raad van Vlaanderen te Middelburg, W. Schorer, bevatte het Romeinse recht best iets goeds, maar was dit goede opgevuld met 'zouteloze subtiliteiten, ongepaste spitsvinnigheden, en nuttelose fictien'. Schorer pleitte voor provinciale codificaties op basis van het natuurrecht. Jansen neemt ons vervolgens mee naar de strijd tussen de *mos gallicus* oftewel Hollandse Elegante School versus de *mos italicus*, de afschaffing van het Romeinse recht bij Koninklijk Besluit van 24 februari 1809, Savigny en Nederland, het Wetboek Napoleon en Pothier, het antilegisme, de eerste tijdschriften, de vrije rechtsvinding, de sociale kwestie en het burgerlijk recht als wereldrecht.

Opmerkelijk is dat hoogleraren aan de juridische faculteiten in de eerste helft van de negentiende eeuw intellectueel geen leidende rol speelden, afgezien van de Utrechter Holtius. Eerder bereikte Utrecht rond 1800 een dieptepunt. De drie hoogleraren in het hedendaagse recht, C.W. de Rhoer, Artzenius en De Brueys hebben allen bijzonder weinig gepubliceerd. Het waren de advocaten die de juridische tijdschriften vol schreven. Over het onderwijs van hun hoogleraren waren de studenten ook al weinig te spreken. De Leidse Van Boneval Faure gebruikte voor zijn college een oud dictaat. Hij gaf 'een op dicteertoon voorgedragen, artikelsgewijs commentaar op het BW, zonder algemeen theoretische beschouwingen en zonder bespreking van vreemde wetten en rechtspraak. Hij slaagde er geen enkel jaar in het gehele BW te behandelen. (...) Het hele tweede en derde boek (het zakenrecht en het verbintenissenrecht) van het BW bleef soms onbesproken'. Daar kwam later in de negentiende eeuw verandering in. Rond 1900 was in Leiden sprake van 'een dipje', maar in Utrecht werkte en doceerde toen de grote Molengraaff, een van de 'helden' van Jansen.

Interessant is vooral de bronnenleer. Het gewoonterecht behoorde volgens Diephuis niet tot de rechtsbronnen. Dat gold volgens Diephuis ook voor de rechtspraak. Een uitspraak van de rechter betrof slechts één bepaalde zaak en had daarbuiten geen gezag. Bleven over de wet en de doctrine. Bij de wet moet niet exclusief aan het geldende BW worden gedacht. Het oude recht was weliswaar afgeschaft, maar niet 'gestorven'. Het Duitse recht gold in de eerste decennia van de twintigste eeuw als inspiratiebron voor de Nederlandse rechtspraak, doctrine en wetgeving. Traditioneel was voor ons het Franse recht invloedrijk, maar verrassend ook het Engelse recht, terwijl de betekenis van de Zwitserse hoogleraar Andreas von Tuhr niet mag worden onderschat. Een opmerkelijke ontwikkeling is de infiltratie van het publiekrecht in het burgerlijk recht. Ten slotte is een bijna vergeten ontwikkeling de beperking van de contractvrijheid vanwege de Eerste Wereldoorlog en de economische crisis. De Betalingsuitstelwet van 1914, de Huurcommissiewet van 1917 en de Huuropzeggingswet van 1918 beoogden alle de bescherming van de sociaal-economisch zwakke partij en maakten daartoe gebruik van het *iustum-pretium*-beginsel.

Privaatrechtelijke instituties hebben hun wortels veelal in de rechtsgeschiedenis. Dit boek kan eraan bijdragen deze wortels bloot te leggen.

(C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19<sup>e</sup> eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, 356 p.)

### 4. Vijftig jaar *Hedley Byrne v Heller*

De *common law* heeft als wezenskenmerk dat het om *rechtersrecht* gaat. Dat betekent dat – om maar iets te noemen – zoals *civil law*-landen een feestje voor een tweehonderdjarig burgerlijk wetboek bouwen, de *common law* de dag van het wijzen van beroemde rechterlijke uitspraken gedenkt.

Zo'n uitspraak is *Hedley Byrne v Heller*, [1964] AC 465. De casus is bij ons wellicht iets minder bekend dan *Donoghue v Stephenson* (de overblijfselen van de slak in het flesje gemberbier), maar in *common law* landen niet véél minder. Bewust gebruik ik de benaming *common law*, want buiten het Verenigd Koninkrijk heeft dit arrest van de toenmalige *House of Lords* – thans: *UK Supreme Court* – ook in Australië, Canada, Nieuw-Zeeland en de Verenigde Staten grote betekenis gekregen. Het feestje dat bij vijftig jaar *Hedley Byrne* werd georganiseerd, vond ook niet in Londen maar ongeveer aan de andere zijde van de wereld, in Brisbane, plaats. Dat gebeurde overigens een jaar na dato: het arrest werd gewezen op 28 mei 1963, [1964] AC 465 en de herdenking vond plaats op 24 juli 2014. Nog een jaar later verschenen de inleidingen in druk.

De bundel, geredigeerd door Kit Barker, Ross Grantham en Warren Swain (allen Brisbane), is ingedeeld in vier delen. In deel I zet Kit Barker de casus en de rechtsgevolgen uiteen (p. 3-26). Waar ging het om? Hedley Byrne wilde weten of het haar afnemer Easipower krediet kon geven. Zij vroeg haar bank, National Provincial Bank, om bij de bank van Easipower, Heller & Partners, te informeren naar diens kredietwaardigheid. Heller & Partners adviseerde positief (Easipower werd 'considered good for its ordinary business engagements'). Hedley Byrne gaf daarop krediet, waarna – de casus bereikt haar climax – de cliënt in financiële problemen geraakte. Was Heller tegenover Hedley Byrne aansprakelijk? Naar het recht van voor 1963 was dat niet het geval. Iemand kon alleen aansprakelijk worden gehouden uit overeenkomst en met Heller had Hedley Byrne geen contractuele relatie. Dat alles verandert met dit arrest. De *House of Lords* acht de relatie tussen partijen *sufficiently proximate* om een *duty of care* aan te nemen. Niettemin wordt in deze casus aansprakelijkheid van de hand gewezen omdat Heller haar aansprakelijkheid rechtsgeldig – aan het hoofd van het advies stond 'without responsibility on the part of this bank' – had uitgesloten. De feiten sluiten daarmee enigszins aan bij die van Saladin-HBU (*NJ* 1967/261), waar eveneens in beginsel de mogelijkheid van aansprakelijkheid werd erkend, maar deze in de specifieke casus werd afgewezen.

Deel 2, getiteld *History, concepts and theory*, bevat bijdragen van Warren Swain over de ontvangst van Hedley Byrne *down under* (p. 29-47, waar dit arrest als wegbereider voor *pure economic loss* wordt gezien), Andrew Robertson en Julia Wang (beiden Melbourne) (p. 49-82: 'The assumption of responsibility is not a distinctive category of obligation, but simply a particular manifestation of the neighbour principle'), Allan Beever (Auckland) (p. 83-110: anders dan de beide vorige auteurs menen, hebben Hedley Byrne en Donoghue niets met elkaar van doen) en David Campbell (Lancaster) (p. 111-132: 'The quality of the appellate reasoning following Hedley Byrne is abysmal'). Deel 3 dat ziet op belovende aansprakelijkheden telt hoofdstukken van Paul Finn (Melbourne) over 'Equity as tort' (p. 135-158), Elise Bant en Jeannie Paterson (Melbourne) over wetgeving (p. 159-190)

en Sirko Harder (Sussex) over adviseursaansprakelijkheid (p. 191-219).

Het vierde deel gaat over Hedley Byrne naar Engels recht. Het bevat bijdragen van Christian Witting (Exeter) (p. 223-243: 'the law of negligent misstatements (...) has been poorly theorised'), de Verenigde Staten door Jay Feinman (Rutgers) (p. 245-259: '*Hedley Byrne* and its American analogue, *Restatement (Second) of Torts* § 552, are landmarks in the law of negligent misstatement. Each represents a major expansion of liability from restrictive precursors'), Canada door Bruce Feldthusen (Ottawa) (p. 261-289, waar *Hedley Byrne* inmiddels is verlaten: 'In its 1997 decision in *Hercules Management v Ernst & Young*, the Supreme Court jettisoned the wisdom of *Hedley Byrne* in favour of the folly of Lord Wilberforce in *Anns v Merton London Borough Council*', [1978] AC 728 (HL)), Nieuw-Zeeland door David McLaughlan (Wellington) (p. 291-318: Nieuw-Zeeland heeft in 1979 bij de *Contractual remedies act* als enige *common law*-land het recht op schadevergoeding in geval van *innocent misrepresentation* ingevoerd – ten onrechte volgens deze auteur) en Australië door Kit Barker (p. 319-344: 'Hard cases make bad law, but no cases make for worse law still').

Het boek wordt afgesloten met een transcript van het vonnis in eerste aanleg en een trefwoordenregister. Enigszins misleidend is voor de *civil law*-lezer de titel, die – ten onrechte – op een boek over wetgeving in plaats van rechtspraak lijkt te duiden.

(Kit Barker, Ross Grantham, Warren Swain (red.), *Law of misstatements*, Oxford: Hart 2015, 408 p.)

## 5. Recht en ondernemersgedrag

De Erasmus Universiteit Rotterdam heeft een aantal jaren de goede gewoonte gehad om een leerstoel op te knippen in deelleerstoelen voor elk een vijfde of een tiende van de werktijd en daarop buitenlandse coryfeeën te benoemen. Chris Hodges, hoogleraar te Oxford, is een van hen – de zo dadelijk in nr. 12 te noemen Astrid Stadler eveneens. Zijn inaugurele rede aan de Maas sprak Hodges uit over *Consumer ADR*, zijn favoriete thema. Maar zeker niet zijn enige – in Engeland stellen universiteiten het zeer op prijs (om het zacht uit te drukken) dat hun onderzoekers regelmatig van onderzoeksthema wisselen. Bij gelegenheid van zijn Rotterdamse afscheid vorig jaar kwam er een heel ander thema aan de orde, een thema dat nauw samenhangt met het boek dat onlangs van de hand van Hodges verscheen. Dat boek heeft als titel *Law and corporate behaviour/Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics* en het handelt over een groot aantal aspecten van dit onderwerp. Het begint met een deel A over sociale psychologie. Deel B is gewijd aan afschrikkende werking, deel C aan regulering. Deel D gaat over zelfregulering en deel E over *regulatory architectures* (juridische architectuur lijkt in bepaalde kringen een modewoord geworden). In deel F komen de conclusies. Het is niet eenvoudig om deze inhoud in een notendop



weer te geven. In deel A stelt Hodges dat rechtsregels alleen onvoldoende zijn om naleving van normen af te dwingen:

“merely because a rule has been declared for a society or group it will not necessarily be obeyed by some or all of the group members.”

Onderzoek wijst uit dat ‘a theory that people will obey a rule because of fear of potentially adverse consequences, or because they make calculations about the potential costs and benefits of disobedience, are not major causes of compliance’. Datzelfde onderzoek geeft aan dat:

“Rules should conform to the moral principles of members of the group, and be made and applied in a fair and consistent way. (...) People should be given opportunities to develop their minds and critical thinking. (...) Decisions and debates should guard against mis-framing and mis-presentation of issues (...) Behaviours can be reinforced and will tend to increase in frequency when recognised, rewarded, given air time, incentivised, and bring personal gratification in Financial or reputational terms. (...) Constant feedback (...) helps learning.”

Deel B gaat over afschrikwekkende werking van strafmaatregelen; ik kom daar dadelijk op terug.

Deel C brengt een aantal betrekkelijk zelfstandige paragrafen over overheidsregulering, zelfregulering, strafrechtelijke handhaving, theorieën over *compliance*, de OESO, consumentenbescherming en mededinging. Deel D gaat nader in op zelfregulering, deel E op veiligheid van geneesmiddelen, producten, de werkplaats, luchtveiligheid en financiële diensten en deel F formuleert algemene conclusies: betere besluitvorming is mogelijk wanneer mensen genoodzaakt worden tot ‘a heuristic short-cut and use a longer and more rational and evaluative thought process, so that risk is not undervalued (...). The unfettered pursuit of individual freedom has to be modified where groups of individuals form a social system. (...) Compliance with the norms of a social system is produced by ethical values and systems. It is not produced directly by rules (laws) and their enforcement. (...) Every regulatory system should include a stated enforcement policy’.

Het meest verrassend in dit boek vind ik de bevinding van Hodges in deel B dat ‘the justification of enforcement on grounds of deterrence fails, in which case the ongoing reliance on such a theory as a basis for upholding law is both unjustified and unethical’. Immers, ‘Economic theory, applied in competition enforcement, is that the two relevant levers on behaviour are the likelihood of being caught and the severity of punishment imposed. However, the psychological evidence also showed that the severity of the penalty (...) is of little relevance to achieving actual deterrence’. Indien Hodges het bij het juiste eind heeft, betekent dat heel wat auteurs – inclusief rechtseconomen – hun teksten over preventieve werking van het recht kunnen herschrijven.

(Christopher Hodges, *Law and corporate behaviour/Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*, Oxford: Hart, 2015, 800 p.)

## 6. ADR en toegang tot het recht

### (a) *Tijdschrift voor Consumentenrecht*

Dezer dagen zijn de ADR-richtlijn, de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten en de ODR-verordening in ons land in werking getreden. Dat bleek een mooi thema voor het dertigjarig jubileum van het *Tijdschrift voor Consumentenrecht*. Een viertal bijdragen heeft op het thema betrekking. Charlotte Pavillon (Leiden) onderzocht de gevolgen van art. 10 en 11 Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten voor de uitspraken van de geschillencommissies. Art. 11 Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten schrijft voor dat een uitspraak er niet toe mag leiden dat voor de consument de bescherming van dwingend recht wegvalt. De auteur analyseerde 260 in TvC gepubliceerde uitspraken van 35 geschillencommissies. Deze uitspraken ‘roepen (...) het beeld op dat, hoewel bindende adviezen soms van dwingend recht afwijken, de consument hiervan lang niet altijd de dupe is’. Marthe Knigge (Leiden) analyseerde de inwerkingtreding van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten. Allereerst – zo hoort u het ook eens van een ander – heeft zij kritiek op het feit dat deze bepalingen niet in het BW zijn geïntegreerd. Voorts vraagt zij zich af waarom de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten kwaliteitseisen alleen stelt aan procedures die door de consument zijn ingeleid.

Bregje Krijnen (advocaat te Den Haag) werpt de vraag op of de wettelijke verplichting voor ondernemers om zich aan te sluiten bij een geschillencommissie die bindende uitspraken doet, in strijd is met art. 17 Grondwet – ook daarover schrijft Giesen in zijn Asser-deel (zie nr. 2). Krijnen geeft geen eenduidig antwoord, maar spreekt wel uit dat het om een afgebakende situatie gaat en een geringe beperking. Op het thema ziet voorts het verslag van de netwerkbijeenkomst ter gelegenheid van 50 jaar Commissie voor consumenten-aangelegenheden van de SER en 30 jaar TvC.

(M.W. Knigge, *Procederen bij een geschillencommissie na implementatie van de ADR-richtlijn/Een onderzoek naar het gewijzigde wettelijke kader, TvC 2015*, p. 253-263; B. Krijnen, *Is een wettelijk verplichte geschillencommissie in strijd met het recht op toegang tot de rechter?*, *TvC 2015*, p. 264-271; Th.J.M. van Mierlo en J.J.A. Braspenning, *Feestelijke SER netwerkbijeenkomst consumentenrecht, TvC 2015*, p. 272-274; C.M.D.S. Pavillon, *Geschillencommissies en dwingend recht/Over de gevolgen van een door de ADR-richtlijn gedwongen huwelijk, TvC 2015*, p. 239-252.)

### (b) *European Review of Private Law*

De *European Review of Private Law* bevat regelmatig themanummers. Soms zijn die niet zozeer vrucht van redac-

tionele vlijt, als wel neerslag van een conferentie. Bij voorkeur monden conferenties in een publicatie uit, maar het lot van een eenmalige publicatie is helaas dat de bundel niet wordt afgenomen. Veel organisatoren hebben daarom de weg naar een tijdschrift als *ERPL* ontdekt. Het mes snijdt dan aan twee kanten: de organisatoren zijn verzekerd van een goede oplage en de tijdschriftredactie van goede kopij. Het eerste nummer van *ERPL* van 2016 is aan zo'n thema gewijd: het bevat de inleidingen voor een *workshop* over ADR/ODR die op 9 juli 2015 plaatsvond aan de *University of Essex*. In een *Editorial* zet Chris Willett (Essex) het doel van de *workshop* uiteen en geeft hij een overzicht van de bijdragen. Eva Storskrubb (Uppsala) plaatst de ADR-richtlijn in de bredere context van de toegang tot het recht, de fundamentele rechten, de rechtspraak van het Europese Hof inzake effectiviteit en de justitiële samenwerking. Andrea Fejös en Chris Willett (beiden Essex) achten de richtlijn ontoereikend, nu buitengerechtelijke geschillenbeslechting aan ondernemers niet dwingend wordt voorgeschreven. Marco Loos (Amsterdam) plaatst vraagtekens bij de deskundigheid van geschillencommissies op het gebied van buitenlands recht. Hij acht het onbevredigend dat geschillencommissies geen prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie kunnen voorleggen. Joasia Luzak (Amsterdam) vindt dat de richtlijn de consument te weinig geruststelt op het punt van bezorgdheid om kosten, onpartijdigheid en deskundigheid van de geschillenbeslechtters. Eva Théocharidi (Paris Ouest Nanterre) acht de richtlijn te veel uitgaan van de gemiddelde consument. Zij suggereert bijzondere regels voor de zwakke consument. Youseph Farah en Leonardo de Oliveira (Anglia Ruskin University) geven de voorkeur aan een stelsel van geschillenbeslechting 'which is committed to procedural and substantive public policy' boven een van beslechting van geschillen tussen ondernemer en consument. Peter Rott (Kassel) ten slotte analyseert het succes van particuliere organisaties die zich – tegen een forse beloning – opwerpen als consumentenbeschermers.

(Youseph Farah en Leonardo de Oliveira, The ambivalence of consumer arbitration: A missed opportunity in the ADR directive to impose an EU-centric approach to consumer arbitration, *ERPL* 2016/1; Andrea Fejös en Chris Willett, Improving consumer access to justice: the limits of the ADR directive and the potential at member state level, *ERPL* 2016/1; Marco Loos, Consumer ADR after implementation of the ADR directive: enforcing European consumer rights at the detriment of European consumer law, *ERPL* 2016/1; Joasia Luzak, The new ADR directive: designed to fail? A short but hole-ridden stairway to consumer justice, *ERPL* 2016/1; Peter Rott, Claims management services – An alternative to ADR?, *ERPL* 2016/1; Eva Storskrubb, Alternative dispute resolution (ADR) in the EU – regulatory changes, *ERPL* 2016/1; Eva Théocharidi, The effectiveness of the ADR directive: the standard of average consumer and possible exceptions, *ERPL* 2016/1; Chris Willett, Editorial, *ERPL* 2016/1.)

## 7. Feest in Duitsland II

Op 13 maart 2015 vierde Gerhard Wegen zijn 65<sup>e</sup> verjaardag. Gerhard wie? Ik hoor het de lezer al denken. Het gaat hier inderdaad niet om een van de leidende hoogleraren aan een bekende juridische faculteit, maar om een *M&A* – fusies en overnames – advocaat uit Stuttgart met een op zijn terrein wereldwijde reputatie. Dat blijkt ook uit de bundel die hem bij die gelegenheid werd aangeboden, welke zich in niets onderscheidt van eerder verschenen *Festschriften* als die voor Müller-Graff – zie *NTBR* 2015/42, afl. 9 –, Roth – zie *NTBR* 2016/4, afl. 1 – en Schilken – zie *NTBR* 2016, afl. 3. De bundel telt 77 bijdragen, waarvan ongeveer de helft in het Duits en de helft in het Engels is geschreven. Ze zijn verspreid over de volgende onderdelen: (a) 'The wisdom of an international (business) lawyer'; (b) 'M&A, corporate law and capital markets'; (c) 'International private and comparative law; commercial, labour and antitrust law'; en (d) 'dispute resolution'. Dan zijn er ook enkele niet-juridische tributen zoals blijkt uit opschriften als 'Ein wahrer Freund des Gewandhausorchesters'.

### (a) De wijze in het recht

Het *Bürgerliches Gesetzbuch* kent niet het trefwoord 'wijsheid'. Klaus Albert Bauer (Frankfurt) leidt de lezer via Gustav Radbruch, Salomo en Prins Siddharta Gautama tot de slotbevinding, ontleend aan Ikujiro Nonaka, Hirotaka Takeuchi, 'The big idea: the wise leader', *Harvard Business Review* 2011, p. 3, 11:

"Today's (...) company (...) demands a new kind of leader (...): A philosopher who grasps the essence of problems and draws general conclusions from random observations. A master craftsman who understands the key issues of the moment and acts on them immediately. An idealist who will do what he or she believes is right for the company and society. A politician who can spur people to action. A novelist who uses metaphors, stories and rhetoric. A teacher with good values and strong principles, from whom others want to learn." (p. 3-12)

Charles Martin (Londen) komt in zijn bijdrage over 'The skills of the international business lawyer: thoughts from Shakespeare and today' met een reeks Shakespeare-citaten voor de dag, immers: 'Few would argue with the contention that all life is to be found in Shakespeare' (p. 51-58). Enige tijd geleden verdedigde ik in een studentenblad de stelling dat Nederlandse rechtenstudenten verschillende talen zouden moeten beheersen. Ik krijg steun van Harry Rubin (New York), die schrijft over 'Essential prerequisites for the 21st century's international lawyer – the limits of globalism and the impermeable importance of foreign languages'. De auteur wijst op termen als *droit en Recht, loi en Gesetz*:

"Appreciating the profound implications of these terms requires not a Google translator, but an actual understanding of the differences between the legal cultures of the Anglo-American common law system and the German

and French civil law systems. (...) English and continental European language speakers, moreover, must grapple with the significant relative shift in economic power in favor of Asia. With almost 1.4 billion Chinese, and China now being the world's second largest economy, the need for fluent Chinese speakers in the West has never been greater. Similar reasoning applies to the dramatically increasing importance of Spanish with the meteoric rise of Latin America." (p. 65-71)

Nedim Peter Vogt (Londen/Zürich) gaat in het opstel 'Language makes law' de andere kant uit:

"It will become increasingly important for non-English speakers from non-Anglo-Saxon jurisdictions to be able to communicate their own values and legal concepts in English in order to make themselves heard and understood by the English speaking legal community." (p. 77-80)

Op een geheel ander punt vraagt onze eigen Jaap Willeumier (Amsterdam) zich af: 'Is it wise, wishing to be global?' De ondertitel geeft aan waar het hem om te doen is: 'Some thoughts on the international expansion and consolidation of law firms and stock exchanges'. Willeumier acht het om in deze wereld te acteren niet noodzakelijk dit in de organisatie van het kantoor tot uitdrukking te brengen (p. 81-89).

(b) **M&A, vennootschapsrecht en kapitaalmarkt**  
Onze eigen Willem Calkoen (Rotterdam) borduurt in zijn opstel over 'One- and two-tier boards' voort op zijn vrijwel gelijknamige proefschrift (p. 147-159). En onze niet minder eigen Paul Cronheim (Amsterdam) schrijft over 'Loyal lawyers and loyalty shares'. Hoofdreël in het vennootschapsrecht is één aandeel één stem. Maar daar kan met *loyalty shares* van worden afgeweken. De auteur geeft een overzicht van de situatie in Frankrijk, Italië en Nederland (DSM-zaak) (p. 197-206). Maximilian Schiessl (Düsseldorf) geeft een overzicht van 'Mergers & acquisitions und der M&A-Anwalt im Wandel der Zeiten' van de tachtiger jaren van de vorige eeuw tot heden, te beginnen met de overname van Morgan Grenfell door de Deutsche Bank (p. 313-324).

(c) **Internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking**  
Rainer Bechtold (Würzburg) schrijft over 'Umfang und Grenzen der kartellrechtlichen Nichtigkeitssanktionen'. De sanctie op overtreding van nationaal en Europees mededingingsrecht is nietigheid, maar daarmee is de kous niet af. In welke mate is de wet overtreden en welke omvang heeft de nietigheid? Bechtold geeft een aanzet tot beantwoording (p. 365-375). Klaus Peter Berger (Keulen) typeert 'Die Musterklauseln für die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' als een succesverhaal. Interessant is de door Berger genoemde uitspraak van de Internationale Kamer van Koophandel waarbij art. 6:258 BW in het licht van de *force majeure* - bepaling van art. 7.1.7 UNIDROIT Principles wordt geïnterpreteerd – zie hierover ook Martin Kuijer, *Ars Aequi* 1996, p. 16 (p. 377-387).

Rob Collins en Jim Robson (Toronto) schetsen 'Auditor liability in the early 21st century'. Zij berichten over Amerikaans, Australisch, Brits, Canadees, Duits, Europees, Frans, Italiaans, Spaans en Zweeds recht (p. 389-398). Oliver Fehrenbacher (Konstanz) koos voor 'Maklervertrag und Verbraucherschutz'. De consument blijkt in het bijzonder dankzij de bedenktijd beter beschermd (p. 399-409). En Gunther Kühne (Göttingen) bericht uit reciprociteitsoverwegingen – Wegen schreef in het *Festschrift voor Kühne* (2009) over hetzelfde thema – over 'Rechtswahl und Eingriffsnormen in der Rechtsprechung des EuGH' (p. 451-462).

#### (d) **Conflictoplossing**

Het mandje met bijdragen over conflictoplossing is met 26 bijdragen het best gevuld. Vele hiervan zijn afkomstig uit landen buiten Duitsland: Brazilië, India, Maleisië, Nigeria, Oostenrijk en Singapore. Elders in het boek wordt ook het recht van de Arabische landen, Argentinië, Frankrijk, Polen, Spanje, de Verenigde Staten en Zwitserland belicht. Die belichting zal de lezer in deze aankondiging moeten missen.

Wolfgang Kühn (Düsseldorf) schrijft over 'Defaulting parties and default awards in international arbitration' (p. 691-701). Urs Lustenberger (Zürich) ziet in de uiteenlopende benadering van de waarheidsvinding in internationale arbitrages een van de kenmerkende verschillen tussen *common* en *civil law* (p. 703-708). Claudio Visco (Rome) koos voor 'The "Italian torpedo" vs the "pre-emptive strike", testing articles 22 and 23 of EU regulation No. 44/2001'. Zoals Engelse lagere overheden hun financiële huishouding met SWAPS vorm gaven, zo geschiedde dat in Italië met derivaten (p. 779-791). Rolf Winkler (Stuttgart) onderzocht 'Die neue deutsche Initiative zur Einschränkung des generellen Widerspruchs gegen die "pre-trial discovery of documents" nach Artikel 23 des Haager Beweisaufnahmeübereinkommens'. In 1979 had Duitsland de *pre/trial discovery of documents as known in common law countries* geheel afgewezen. Thans wordt ter bevordering van het Amerikaans/Duitse rechtsverkeer voorgesteld *pre/trial discovery* toe te staan, zij het slechts indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan: '(a) die vorzulegenden Dokumente genau genug bezeichnet sind; und (b) ausreichend und überzeugend dargelegt wird, warum diese Dokumente für den jeweiligen Fall und dessen Ausgang von Bedeutung sind' (p. 807-820).

(Christian Cascante, Andreas Spahlinger en Stephan Wilske (red.), *Global wisdom on business transactions, international law and dispute resolution/Festschrift für Gerhard Wegen*, München: Beck, 2015, 864 p.)

## 8. Ook internationale handel is corrupt

In deze duistere tijden waarin het ene corruptieschandaal na het andere wordt onthuld, zal het niet verbazen dat ook de internationale handel hier niet van gevrijwaard is. In Wenen discussieerde de *Académie internationale de droit comparé* (AIDC) in de zomer van 2014 over onder meer corruptie in de internationale handel. Inmiddels is een boek

met het algemeen rapport van Michael Joachim Bonell en Olaf Meyer en 17 nationale rapporten uitgekomen. De nationale rapporten zijn afkomstig uit Canada, China, Denemarken, Duitsland, Engeland, Estland, Italië, Nederland, Polen, Portugal, Rusland, Singapore, Tsjechië, Venezuela, de Verenigde Staten, Zuid-Afrika en Zwitserland. Voorts is een visie vanuit de internationale arbitrage opgenomen. Op het eerste gezicht opmerkelijk is dat halve en hele continenten ontbreken: Afrika (behalve Zuid-Afrika), Australazië, Azië (behalve China en Singapore) en Latijns-Amerika (behalve Venezuela). Dat heeft vermoedelijk meer met het ontbreken van deze gebieden in de AIDC dan met de afwezigheid van corruptie te maken. Ik zie ditmaal af van vermelding van de individuele auteurs, met uitzondering van die van het Nederlandse rapport. Dat zijn Abiola Makinwa van de Haagse hogeschool en Xandra Kramer van de Erasmus Universiteit. Eerstgenoemde auteur schreef eerder een bijdrage over de rol van internationale arbitrage in het boek *The civil law consequences of corruption* geredigeerd door eerdergenoemde Olaf Meyer. Dat eerdere boek biedt een nuttige aanvulling op de hier aangekondigde AIDC-bundel, omdat het mede aandacht besteedt aan het anti-corruptieverdrag van de Raad van Europa en aan Bulgars, Frans, Spaans en Zweeds recht.

In hun algemeen rapport signaleren Bonell en Meyer dat corruptie momenteel als een van de ernstigste bedreigingen van de internationale handel wordt gezien. Zij geven ook enige getallen: jaarlijks zou er \$ 1 triljoen (\$ 1.000.000.000.000) aan steekpenningen worden betaald, hetgeen de kosten van de internationale handel met 10% en van aanbestedingen in ontwikkelingslanden met 25% verhoogt. Op het nationale vlak beogen wetten als de *UK bribery act* (2010) en de *US foreign corrupt practices act* (1977) hier iets aan te doen. Er is voorts een groeiend aantal internationale verdragen. In hun boek richten de auteurs zich vooral op het algemeen deel van het contractenrecht. Daartoe moet uiteraard eerst worden aangegeven wat corruptie eigenlijk is, maar de algemeen rapporteurs zien daar verrassend van af. Drie argumenten hebben ze daarvoor:

“what may be unproblematic in one area of the world may in fact trigger severe punishment in others; (...) corruption is not just a legal topic but is also heavily researched in other scientific disciplines; finally (...) the perspective varies between the different branches of the law.”

Zij geven er daarom de voorkeur aan van één basismodel van corruptie uit te gaan: er is sprake van een driehoeksverhouding met een principaal, een gevolmachtigde en een ‘bribe-giver’. Uit hun analyse komt naar voren dat privaatrechtelijke sancties, zoals ontbinding, civielrechtelijke verbeurte en schadevergoeding een goed alternatief voor strafrechtelijke benadering vormen. Maar lezing van de nationale rapporten leert dat er weinig van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt. Waarom dat zo is, wordt uit dit boek niet duidelijk. Mogelijk is er weinig rechtspraak,

omdat partijen hier vaak aan arbitrage – en de bijbehorende geheimhouding – de voorkeur geven. Bewijsproblemen zullen zeker ook een rol spelen.

Op één punt zijn alle rapporteurs het eens. De afspraak om steekpenningen te betalen is zonder meer nietig. Minder eenstemmigheid is er over de vraag of steekpenningen dienen te worden afgegeven. Het grootste probleem blijkt echter ‘the determination of the appropriate legal consequences for the main contract between the principal and the bribe-giver (...). Here, a wide palette of potential legal consequences can be identified in the various jurisdictions, ranging from *ipso iure* invalidity to partial maintenance of the contract. A trend can be cautiously detected toward a solution that places the fate of the contract in the hands of the principal as the direct victim of corruption’.

(Michael Joachim Bonell, Olaf Meyer (red.), *The impact of corruption on international commercial contracts*, Wenen: Springer 2015, 446 p.; Olaf Meyer (red.), *The civil law consequences of corruption*, Baden-Baden: Nomos 2009, 280 p.)

## 9. **Klokkenluiders in handelsrechtelijk perspectief**

Het verschijnsel van de klokkenluider heeft de laatste jaren veel aandacht gekregen. In 2013 is de instelling van een *Huis voor klokkenluiders* voorgesteld (wetsvoorstel 33 258). Nadat het hiertoe strekkende wetsvoorstel door de Tweede Kamer was aangenomen, heeft de Eerste Kamer zoveel bezwaren naar voren gebracht, dat dit voorstel is ingetrokken. In 2015 is een gewijzigd initiatiefvoorstel ingediend, dat op 3 december 2015 voorwerp was van een bespreking door de Vereniging ‘Handelsrecht’. Het thema werd ingeleid door de voorzitter van de vereniging, Harm Jan de Kluiver (Amsterdam), die wees op de Amerikaanse *Office of the whistleblower*. Als melding bij deze toezichthouder tot een succesvolle actie leidt, kan een klokkenluider 10 tot 30% van de op te leggen boete tegemoet zien (p. 11-16). Vervolgens geeft de Amsterdamse advocaat Franck van Uden een overzicht van de positie van de klokkenluider in Nederland (Meijer/De Schelde, *NJ* 1990/702; Quirijns/TGB, *NJ* 2013/220), het Verenigd Koninkrijk (*Public interest disclosure act* naar aanleiding van de *Herald of Free Enterprise* en *Barings*), de Verenigde Staten (*Sarbanes-Oxley Act* van 2002 en *Dodd-Frank Act* van 2012) en volgens het EVRM (Fuentes Bobo/Spanje) (p. 17-26, zie over de *common law*-jurisdicties ook Vaughn 2015).

Jeroen Brabers (onafhankelijk) wil duidelijk maken dat een interne klokkenluidersregeling niet alleen een goede bijdrage kan leveren aan de cultuur binnen een onderneming, maar ook de mogelijkheid biedt kostbare incidenten te voorkomen of vroegtijdig op te sporen (p. 27-42). De Amsterdamse bedrijfsjurist Albert Jan Verdam ziet een interne klokkenluidersregeling als een aspect van het risicomanagement van de organisatie. Het is een onderdeel van de bestuurstaak waarover zich het toezicht van het



toezichhoudend orgaan uitstrekt (p. 43-70). Uit angst voor respresailles wordt minder dan de helft van daarvoor in aanmerking komende misstanden gemeld. En *als* een misstand wordt gemeld, vergaat het de klokkenluider nadien vaak allesbehalve goed, zoals bekende dossiers als van Ad Bos (bouw) en Fred Spijkers (defensie) aantonen. De Amsterdamse advocaat Maartje Govaert acht goede bescherming van klokkenluiders daarom essentieel (p. 71-93).

De Amsterdamse advocaat Astrid Helstone vindt het civielrechtelijk benadelingsverbod het meest cruciaal overgebleven onderdeel uit het gehele wetsvoorstel (p. 95-117). De Amsterdamse raadsheer Jurgens analyseert de strafrechtelijke vervolging van klokkenluiders (p. 119-138). Eerdergenoemde Franck van Uden onderzoekt of het Amerikaanse stelsel van beloning van klokkenluiders in ons land navolging verdient. Hij vindt dat prematuur: eerst moet een solide beschermingsmodel worden beproefd (p. 139-165). De Amsterdamse advocaten Matthijs Kuijpers en Jeroen Kortmann ten slotte – het is bij het klokkenluiden een en al Amsterdammers – wijzen op de spanning tussen enerzijds de informele procedure en anderzijds de verplichte publicatie van het rapport. De auteurs zouden het beter hebben gevonden als de wet niet zou voorzien in verplichte publicatie van het onderzoeksrapport van het Huis (p. 167-176).

(J. Brabers *et al.*, *Klokkenluiders in perspectief/Beschouwingen over corporate governance, (rechtsvergelijkend) arbeidsrecht, privaatrecht en strafrecht in het licht van de Wet Huis voor klokkenluiders*, Vereniging 'Handelsrecht', Zutphen: Paris 2015, 190 p.; Robert Vaughn (red.), *Whistleblowing law*, Cheltenham: Elgar 2015, 488 p.)

## 10. Memorial voor Willem Witteveen

Op 17 juli 2014 kwamen in Oekraïne 298 Nederlanders om het leven bij de luchtramp met de MH17. Een van hen was Willem Witteveen, alom gewaardeerd hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg. Te zijner nagedachtenis verscheen een bijzonder nummer van de *Tilburg Law Review*. Witteveen verzorgde in Tilburg onder meer een Engelstalige cursus rechtsvinding door hoogste rechters. Hierin vergeleek hij de benadering door drie belangrijke gerechtshoven: het Europees Hof van Justitie, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het *US Supreme Court*. Dit themanummer bevat drie bijdragen van studenten die hierop aansluiten. Ilona Bierkens en Cara Vlieks werpen de vraag op 'Methods of lawmaking of the European Court of Human Rights: do hard cases make bad law?' Zij analyseren daartoe de jurisprudentie van het EHRM inzake euthanasie en assistentie bij zelfdoding. Mede gelet op de grote nationale diversiteit kan 's Hofs rechtspraak volgens hen niet als 'bad law' worden aangemerkt (p. 107-121). Valerie Dhooghe, Rosanne Franken en Tim Opgenhaffen beschouwen 'Judicial activism at the European Court of Justice: A natural feature in a dialogical context'. Zij doen dit aan de hand van de dialoog tussen het Europese Hof en het *Bundesverfassungsgericht* (p. 122-141). Siel Demeyere, Joris Beke en Renate Diet-

vorst bespreken 'Interpretation methods in the US Supreme Court: study of Obamacare, abortion cases and alien torts statute cases'. Hun conclusie is dat 'the Court is very eclectic in the interpretation methods it uses, although consequential reasoning [een interpretatietheorie uit de ethiek, EH] is most often relied upon' (p. 142-160). Het nummer wordt afgesloten met een *In memoriam* door Sanne Taekema en Bart van Klink (p. 161-167).

Er waren meer herdenkingen van Willem Witteveen. Op 20 november 2015 organiseerden de Vereniging voor wijsbegeerte van het recht en de Vereniging voor de sociaalwetenschappelijke bestudering van het recht in Utrecht een symposium ter ere van zijn boek *De wet als kunstwerk*. De principale sprekers waren Pauline Westerman (Groningen) en Ernst Hirsch Ballin (Tilburg, Amsterdam). Twee van Witteveens tien geboden, autonomie en regelgerichtheid, kwamen aan bod. Westerman sprak over het 'negende gebod van Witteveen voor goed bestuur', autonomie:

"Men moet waar dit kan aan zelfregulering de voorkeur geven boven regulering, om zo de autonomie van de burgers (als zelfwetgevers) te bevorderen." (Witteveen 2014, p. 38)

Zij werd van repliek gediend door Hugo Boom (Utrecht), Rutger Fransen (Utrecht) en Nick Huls (Leiden). Hirsch Ballin belichtte het 'tiende gebod van Witteveen voor goed bestuur', regelgeleidheid:

"Men moet het milde despotisme van het bureaucratische regime zien te vermijden." (Witteveen 2014, p. 25)

Op zijn referaat werd gereageerd door Tim Bleeker (Utrecht), Sam Quax (Amsterdam) en Ashley Terlouw (Nijmegen).

(Willem Witteveen, *De wet als kunstwerk/Een andere filosofie van het recht*, Den Haag: Boom 2014, 494 p.)

## 11. Rampenschade

De zojuist in nr. 10 genoemde ramp met de MH17, waarbij Willem Witteveen en zijn vrouw en dochter om het leven kwamen, staat de lezer ongetwijfeld nog helder voor de geest. Het is niet de enige ramp die ons land getroffen heeft: de legionellabesmetting in Bovenkarspel (1999), de vuurwerkramp in Enschede (2000), de cafébrand in Volendam (2001), de dijkdoorbraak bij Wilnis (2003) en de Q-koorts (2007) zijn minder recente voorbeelden. In de Wet tegemoetkoming schade bij rampen is voor gedupeerden een partiële oplossing getroffen en wel via een vangnetregeling: deze komt pas aan de orde als laatste regeling. Inmiddels heeft de overheid ingezien dat er een flink aantal schadeposten buiten deze wettelijke opvang vallen: immateriële schade, omzet- en inkomensverlies bij arbeidsongeschiktheid, het verlies van zelfredzaamheid, studiekosten, verzorgingskosten die naasten maken en het verlies van levensonderhoud en uitvaartkosten van de nabestaanden bij

overlijden. Twee Utrechtse juristen, Esther Engelhard en Rianka Rijnhout, onderzochten langs welke weg deze schadeposten ingevolge de wet voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen.

Allereerst is het van belang op te merken dat de regeling niet beoogt alle schade te vergoeden. De burger wordt geacht zich adequaat te verzekeren en alleen voor zover rampschade onverzekerbaar is, zal de maatschappij deze ten dele voor haar rekening willen nemen. Het gaat hier ook niet om schadevergoeding wegens aansprakelijkheid. Het gaat niet om waarheidsvinding – waarover meer in nr. 2 hierboven – of om het goedmaken van leed. De schadeposten die voor de nieuwe regeling in aanmerking komen zijn volgens de twee auteurs immateriële schade en affectieschade, (para-)medische kosten en herstellkosten, functionele invaliditeit, huishoudelijke hulp, verzorgingskosten, studiekosten en vervoer, verlies van levensonderhoud en uitvaartkosten. Het best kan de kring van gerechtigden open worden gelaten en alleen de schadeposten begrensd. Andere voorgestelde maatregelen zijn 'gestandaardiseerde differentiatie', een hardheidsclausule, de mogelijkheid van aanvulling bij ministeriële regeling, drempels en plafonds. Het rapport heeft draagvlak gekregen door een expertmeeting waaraan werd deelgenomen door deskundigen als Arno Akkermans, Siewert Lindenbergh en Bob Ruers.

(E.F.D. Engelhard en R. Rijnhout, *Een regeling voor personen-schade door rampen*, Den Haag: Boom 2015, 229 p.)

## 12. Collectieve acties

De collectieve actie mag zich sinds jaar en dag in een aanhoudende belangstelling van Nederlandse en Europese juristen verheugen. Die belangstelling toont wel pieken en dalen. Van een piek was sprake in de eerste helft van 2012, zoals een raadpleging van de kroniek algemeen van september 2012 (p. 275-276) uitwijst. Thans is wederom sprake van een hausse. Op 7 juli 2014 publiceerde het Ministerie van Veiligheid en Justitie een voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie. Dit voorstel moet het voor gedupeerden gemakkelijker maken om schade collectief te verhalen, zonder dat de positie van de aangesprokene in het gedrang komt. Het voorstel lijkt op een consensus te berusten, maar men vergisde zich niet. Op details lopen de visies sterk uiteen en dus is het nog geen gelopen race.

Niet minder dan drie conferenties waren de laatste tijd alleen al in Nederland aan het thema gewijd. Twee daarvan hebben bij mijn weten nog niet geresulteerd in publicaties. Blijft over de bijeenkomst van de Vereniging voor burgerlijk recht op 11 december te Amsterdam, waarover aanstonds meer. Maar ook in academische redes trok het onderwerp de aandacht. In Leiden stelde Ymre Schuurmans op 20 november in haar inaugurele rede als hoogleraar staats- en *bestuursrecht* dat het inefficiënt en oneerlijk is dat burgers alleen in specifieke gevallen – omgevingsrecht – gezamenlijk tegen de overheid kunnen procederen. Het is niet efficiënt omdat

burgers hun krachten niet kunnen bundelen en niet eerlijk omdat de een een goede advocaat kan betalen en de ander niet. Voorafgaande hieraan laat Schuurmans aan de hand van drie rechtszaken – zwarte Piet (ECLI:NL:RVS:2014:4117), de Leeuwardense Buorren (ECLI:NL:RVS:2015:14) en de Groninger gaswinning (ECLI:NL:RVS:2015:1151) – zien dat het werkelijke geschil, het toegepaste procesrecht en de rechterlijke beoordeling niet past in het plaatje van individuele geschilbeslechting. Eerder schreef ze over dit thema in *NJB*. In Rotterdam nam Astrid Stadler op 29 januari 2016 afscheid van de Maasstad met een rede over 'What 's wrong about the pooling of claims to fight against cartels?'

Preadviseurs in Amsterdam bij de Vereniging voor burgerlijk recht waren Michael Faure en Louis Visscher (beiden Rotterdam), alsmede Ianika Tzankova (Tilburg). De laatste preadviseur stelt dat Nederland bij de introductie van de collectieve actie in 1994 vooroefde. Inmiddels is de wettelijke regeling evenwel gedateerd en toe aan een grondige renovatie. De cosmetische aanpassingen zijn ontoereikend gebleken om de meer fundamentele vraagstukken te adresseren: de waarborging van de toegang tot het recht en de kwaliteit van de vertegenwoordiging van groepsbelangen. Faure en Visscher zijn het grotendeels met deze stellingen eens. Was er dan wel discussie? Jazeker. Die werd met name opgerakeld door Shell-jurist Bastiaan Pries. Drie stellingen betrof hij: 'Bij Shell komen de ondernemers 's ochtends bij een kopje koffie bijeen om te bepalen welke wet ze vandaag eens zullen overtreden om maximale winst te maken', aldus denken volgens Pries rechtseconomen over Shell. Het aansprakelijkheidsrecht is momenteel goed in balans; er zijn geen grote veranderingen nodig. En meer procederen is helemaal niet goed voor ons in deze tijd van de-escalatie; de enige groep die daar baat bij heeft, is die van de advocaten. Deze drie stellingen kwamen Pries op een furieuze reactie van Faure te staan. Zo verdedigde de Maastrichtse rechts-econoom dat het aansprakelijkheidsrecht helemaal niet in balans is. Asbest, milieu, het zijn twee voorbeelden van terreinen waar het aansprakelijkheidsrecht jarenlang volkomen uit balans is geweest. En conflicten zijn er ook nu wel degelijk, maar die worden onder het tapijt geveegd. Het gaat al helemaal niet aan te beweren dat degenen die het milieu vervuilen en consumenten benadelen alleen in China zitten. De zelfgenoegzaamheid van het Nederlandse bedrijfsleven vindt Faure af en toe ronduit schokkend.

Op één punt moest Faure wel inbinden. Hoe meer procedures, hoe beter, zo had de ministeriële behartigster van het collectieveactiedossier, Paulien van der Grinten, de visie van de rechtseconomen begrepen. En daar was zij niet van gediend, want dat zou in politiek Den Haag het einde van het wetsvoorstel betekenen.

Er was nog veel meer dat aan de orde kwam. Hoe kunnen collectieve acties worden gefinancierd en mag dat op commerciële schaal gebeuren (EUR-promovenda Ilja Tillema)? Waarom is Unilever indertijd uit een Amerikaanse *class action* tegen een vitaminekartel gestapt (oud-Unilever

bedrijfsjurist Pieter Kuipers)? Is *free riding* al dan niet een consumentenrecht (Willem van Boom)? Stelt de *class action* in de Verenigde Staten na *Morison* nog wat voor (Ianika Tzankova)?

De discussie vond plaats onder leiding van de nieuwe voorzitter, Hanneke Spath, die Willem van Boom afloste. Volgend jaar zal de jaarvergadering plaatsvinden op vrijdag 9 december. Preadviseurs zijn dan Harriët Schelhaas (EUR) en Lodewijk Valk (Hof Arnhem) en het thema is *uitleg*.

(M.G. Faure, L.T. Visscher, Een rechtseconomische visie op collectieve actie, *Preadviezen 2015*, Zutphen: Paris 2015, p. 7-64; E.H. Hondius, Collectieve actie/massaschade, *TCR 2012*, p. 134-138; Y.E. Schuurmans, Massale procedures in het bestuursrecht, *NJB 2013/1251*, p. 1314-1323; Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie*, inaugurele rede, Leiden 2015, 28 p.; Astrid Stadler, *What's wrong about the pooling of claims to fight against cartels?*, valedictory lecture Erasmus Universiteit Rotterdam, 2016; I.N. Tzankova, Hoe globaliseringsproof is het Nederlandse collectieve actierecht?, *Preadviezen 2015*, Zutphen: Paris 2015, p. 65-94.)

#### **Verwacht in de volgende kroniek Algemeen:**

Festschrift Eberhard Schilken  
Mélanges Pierre Mayer  
Overheidscontracten en aanvulling van rechtsgronden  
Schade van beleggers en investeerders  
Economisch recht en consumentenrecht  
Bijzondere overeenkomsten  
Testament  
TPR-prijs  
Dwingend recht  
Derdenschade  
Oratie Louis Visscher