

Kroniek Algemeen

NTBR 2016/23

Deze kroniek vangt aan met de aankondiging van preadviezen van de Nederlandse notarissen over de vraag of boek 5 van het Burgerlijk Wetboek (zakelijke rechten) toe is aan groot onderhoud. Goederenrechtelijke jongeren bespraken eenzelfde type vragen op een conferentie in Oxford. Twee dissertaties werden verdedigd: in Nijmegen over uitbesteding in de financiële sector en in Utrecht over intellectuele eigendomsrechten als verhaalsobject. Van de Palandt-uitgave van het *Bürgerliches Gesetzbuch* verscheen in Duitsland met enig feestelijk vertoon een vijfenzeventigste druk. In Engeland verscheen onder redactie van twee Australiërs een bundel over divergentie en eenheid in de *common law of obligations*. In *Rabels Zeitschrift* publiceerde Talia Einhorn een studie over het Israëliëse burgerlijk wetboek in aanbouw. Lucas Bergkamp en anderen redigeerden een bundel over aansprakelijkheid in geval van terrorisme. In Duitsland verschenen handboeken over Europees privaatrecht in het Duits en in het Engels. De kroniek wordt besloten met de aankondiging van de bundel *Hanteerbaar privaatrecht uit Groningen*.

1. Inleiding

Nog geen vijftig jaar oud is boek 5 (zakelijke rechten) van ons Burgerlijk Wetboek, maar nu al wringt de digitalisering. Is er behoefte aan herziening? Die vraag kwam aan de orde op een congres van de Koninklijke notariële beroepsorganisatie op 8 maart jl. (nr. 2). Een zelfde type vragen werd besproken door de internationale goederenrechtelijke *Nachwuchs* op een congres dat in 2014 plaatsvond te Oxford (nr. 3). Twee dissertaties vragen onze aandacht. Pieter Laaper promoveerde in Nijmegen bij Danny Busch op een studie over *Uitbesteding in de financiële sector in het bijzonder van vermogensbeheer door pensioenfondsen* (nr. 4). In Utrecht verdedigde Aranka Keur bij Willem Grosheide en Ton Jongbloed haar proefschrift over intellectuele eigendomsrechten als verhaalsobject (nr. 5).

Vervolgens gaat de kroniek op de internationale toer. Van de beroemde/beruchte *Palandt* verscheen in Duitsland een vijfenzeventigste uitgave (nr. 6). In Engeland publiceerden Andrew Robertson en Michael Tilbury bij Hart een – heel wat leesbaarder – bundel over *The common law of obligations/Divergence and unity* (nr. 7). Talia Einhorn schreef voor *Rabels Zeitschrift* in het Engels over het nieuwe Israëliëse burgerlijk wetboek in aanbouw (nr. 8). Lucas Bergkamp en anderen redigeerden een bundel over terrorisme en civiele aansprakelijkheid (nr. 9). In Duitsland verschenen handboe-

ken over Europees privaatrecht: in het Duits (nr. 10) en het Engels (nr. 11). We keren tot slot terug naar eigen land waar Groningen een bundel over *Hanteerbaar privaatrecht* in het licht gaf (nr. 12).

2. BW: naar een nieuw boek 5?

Op 8 maart 2016 vond in Utrecht een notariële conferentie plaats over boek 5 BW (zakelijke rechten). In een algemene inleiding zet Leon Verstappen (Groningen) de toon. Boek 5 is deze afgelopen vijftig jaar nauwelijks gewijzigd. Toch zijn er onderwerpen die aanpassing behoeven, hetzij omdat zij niet goed of nodeloos ingewikkeld geregeld zijn hetzij om fundamentele redenen zoals onvrede met de huidige natrekkingsregel en de stapeling van beperkte rechten. Aan de leden van de *Notariële registergoederen specialisten* vroeg de redactie van WPNR aan te geven welke problemen zij thans ondervinden. De zeven preadviezen zijn gebundeld in een boek, voorafgegaan door een algemene inleiding. Daarin geeft Verstappen aan welke richtlijnen de preadviseurs hebben gekregen. Hun werd gevraagd om een beschrijving van het te verbeteren onderdeel te geven; een beschrijving van wat er mis mee is; een beschrijving welke praktische problemen dat veroorzaakt; en welke concreet wijzigingsvoorstel daarin verbetering brengt of het probleem oplost (p. 15-21).

Sjef van Erp en Willem Loof (Maastricht) schrijven over 'Eigendom in het algemeen; eigendom van digitale inhoud (titel 1)/ Over digitale inhoud als zaak'. Heel voorzichtig komen zij tot de formulering van een *mogelijke* wetsbepaling: "Tenzij de wet anders bepaalt, vindt al hetgeen omtrent eigendom van een zaak is bepaald, overeenkomstige toepassing op digitale inhoud" (p. 23-63). Eigendom van roerende zaken, met name originele wijzen van eigendomsverwerving (titels 1 en 2), komen aan de orde in de inleiding van Emil Verheul en Frank Verstijlen (Groningen), die een pleidooi houden voor meer continuïteit van goederenrechtelijke rechten. Die kan worden bereikt door de eigenaar van de oorspronkelijke zaken een pandrecht te geven op de eenheidszaak (p. 65-144). Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking (titels 1 en 3), komt aan de orde in de bijdrage 'Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht' van Arie Mes (Groningen), Hendrik Ploeger (VU Amsterdam) en Barbra Janssen (Kadaster). In een nabespreking werpen de preadviseurs de vraag op of er een noodzaak is voor een fundamentele herbezinning op het begrip 'eigendom' in het huidige BW. Zij komen tot een bevestigende beantwoording. Op korte termijn is vernieuwing van het BW nodig om knelpunten als meervoudig ruimtegebruik, drijvend bouwen, warmte-koude-opslag (WKO)-installaties, eigendom van netwerken en circulaire economie op te lossen. Meer fundamenteel zou men eigenaar moeten kunnen zijn van een 'voldoende bepaalbaar' volume, onder, in of boven het grondstuk. Het gaat dan niet meer om het

¹ Citeerwijze: E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', NTBR 2016/23, afl. 5. Prof. mr. E.H. Hondius is hoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht.

meest omvattende recht op een stoffelijk object, maar om een aanspraak op de ruimte: een aanspraak die verdeeld kan worden in de vorm van naast elkaar bestaande rechten of een ruimtelijke verdeling (p. 145-217).

Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden (titels 4, 5 en 6) passeren in het preadvies 'Flexibele regelingen die meer mogelijk maken' van Nora van Oostrom-Streep (KNB), Leon Verstappen (Groningen) en Lars van Vliet (Maastricht). Deze auteurs staan nu eens geen fundamentele wijzigingen voor, maar zijn al tevreden met de verbetering van de registratie van verjaringsverkrijging, de verruiming van de toepassingsmogelijkheden van mandeligheid en de introductie van de mogelijkheid om ook verplichtingen tot een doen kwalitatief aan onroerende zaken te koppelen (p. 219-296). Erfpacht en opstal (titels 7 en 8) zijn het thema van het preadvies 'If it ain't broke, don't fix it' van Steven Bartels (Nijmegen), Vincent Sagaert (Leuven), Valérie Tweehuysen (Nijmegen) en Fokke Jan Vonck (Groningen). Aan fundamentele wijziging van erfpacht en opstal is huns inziens evenmin dringende behoefte, maar wetwijziging op het onderdeel *opzegging* is wenselijk. Meer fundamenteel is het voorstel om de erfpachter aan te merken als eigenaar van de opstallen waarvan hij krachtens zijn erfpachtrecht het exclusieve genot heeft (p. 297-349).

Over het appartementsrecht, schrijven Bram Akkermans (Maastricht), Roel Mertens (Open Universiteit) en Mechteld van der Vleuten (Open Universiteit) in hun preadvies 'Appartementsrecht/Een rechtsgebied in ontwikkeling'. Dit recht is een betrekkelijke nieuwkomer in het Nederlandse vermogensrecht. Interessant is wat de preadviseurs aan het slot van hun bijdrage opmerken over burgerinitiatieven in het buitenland. Hierbij geven groepen actieve burgers hun eigen coöperatieve woongemeenschap vorm. Voorts signaleren zij de doorwerking van het Europese recht via de Europese erfrechtverordening, art. 1 Eerste protocol, consumentenbescherming en het gelijkheidsbeginsel (p. 351-434).

Aart van Velten (Amsterdam) komt in zijn bijdrage 'Grondgebonden lidmaatschap van een beheersvereniging (titels 5 en 9)/Een nieuwe regeling voor terreinbeheer' met een complete tekst en toelichting voor een titel 5.10 'Terreinbeheer'. De behoefte aan een dergelijke regeling bestaat pas sinds eind vorige eeuw. Toen ontwikkelde zich het instituut van 'parkmanagement', een vorm van terreinbeheer die wordt toegepast bij de exploitatie van verkavelde kantoren- en bedrijvencomplexen ('werklandschappen') en particuliere recreatieparken en woondomeinen. De preadviseur probeert met zijn ontwerp tot een zo flexibel mogelijke regeling te komen die past in het huidige vermogensrecht. De regeling sluit aan bij de ontwikkeling van het grondgebonden lidmaatschap van beheerverenigingen in de *common law*, zowel in Engeland als de Verenigde Staten. Van de *civil law* landen is Zweden het enige stelsel dat deze figuur heeft ingevoerd (p. 435-452).

(L.C.A. Verstappen *et al.*, *Boek 5 BW van de toekomst/Over vernieuwingen in het zakenrecht*, preadviezen Koninklijke notariële beroepsorganisatie, Den Haag: Boom 2016, 452 p.)

3. Property law perspectives

Voordat de oude garde in het Utrechtse bijeenkwam, vergaderden de jongeren in Oxford eveneens over het goederenrecht van de toekomst. Dat gebeurde aan Wadham College, waar het *Young property lawyers forum*, voortgekomen uit de *lus commune* onderzoeksschool, in september 2014 voor de vijfde maal congresseerde. Inmiddels heeft in november 2015 te Groningen een zesde bijeenkomst plaatsgevonden. Op het vijfde congres werden zes inleidingen gehouden. Ann Apers en Dorothy Gruyaert (Leuven) onderzoeken de spanning tussen eigendomsvoorbehoudsclausules en de mogelijkheid dat roerende goederen onroerend worden door bestemming (p. 1-18). Elien Dewitte (Leuven) analyseert de alternatieven voor de verkoop van kerkgebouwen (p. 19-40).

Laurens de Hoog (Leiden) speurt naar de Romeinsrechtelijke oorsprong van de regel *prior tempore, potior iure* (p. 41-53). In een volgende bijdrage staat de Utrechtse Paul Krugerbrug centraal. In de gemeente Nieuwegein bevindt zich een scheepswerf, die voor haar klandizie afhankelijk is van het Merwedekanaal en het Amsterdam-Rijnkanaal. Het wegverkeer moet daartoe over de Paul Krugerbrug zijn weg vinden. Toen de gemeente Utrecht in de jaren zeventig van de vorige eeuw een tramlijn van Utrecht naar Nieuwegein wilde aanleggen, moest de ophaalbrug wijken voor een vaste verbinding. Björn Hoops (Groningen) schetst de uiteindelijk succesvolle pogingen van de scheepswerf om van de gemeente Utrecht schadevergoeding te krijgen voor de gederfde opdrachten (p. 55-80).

Rafaël Ibarra Garza (Nuevo Leon) werpt de navolgende onderzoeksvraag op:

"If the right of ownership ceased to be used to secure the performance of an obligation under Roman law, why has it reappeared in Mexican and French contemporary law?" (p. 81-93)

In de *Code civil* worden bevrijdende en verkrijgende verjaring in één en dezelfde titel geregeld. Ten onrechte, aldus Johan Van de Voorde (Antwerpen), die erop wijst dat het Duitse en Nederlandse en het nieuwe Franse verbintenisrecht eerder voor een dualistisch stelsel hebben gepochteerd (p. 95-118).

(Dorothy Gruyaert, Eveline Ramaekers, Luke Rostill (red.), *Property law perspectives*, Cambridge: Intersentia 2016, 118 p.)

4. Uitbesteding in de financiële sector

Op 14 december vorig jaar promoveerde Peter Laaper aan de Radboud Universiteit bij Danny Busch op een studie over uitbesteding in de financiële sector, in het bijzonder bij pensioenfondsen. Een veilig bezit, zo voelde dat aan. De spaarpenningen zijn – of liever: waren tot het ingrijpen van de Europese Centrale Bank in maart van dit jaar – bij deze fondsen in goede handen. Maar was dat wel zo? Met name

kleinere pensioenfondsen hebben zelf niet de expertise om het gespaard vermogen zonder risico's te beleggen. Zij steden die werkzaamheden uit. En daar kan het wel eens mislopen. Nu zijn en blijven de fondsen hiervoor wel degelijk verantwoordelijk. De uitbesteder moet inschatten welke risico's aan de uitbesteding verbonden zijn en daarvoor adequate maatregelen treffen.

Tot welke conclusies en aanbevelingen komt de auteur? Alereerst dat de diverse uitbestedingsregelingen weliswaar een ratjetoe vormen maar dat daar wel een gemeenschappelijk systeem aan ten grondslag ligt. Het toepassingsbereik van de uitbestedingsregels kan worden afgebakend aan de hand van drie criteria: de dienstverlener is een derde, de uitbestede werkzaamheden zijn eigen aan en wezenlijk voor de eigen bedrijfsvoering. Onjuist is de opvatting dat in de pensioensector een incidentele uitbesteding niet onder het bereik van de uitbestedingsregels valt. De uitbestedingsregels vormen een open zorgvuldigheidsnorm. Ten slotte moet het vermogensbeheer voldoen aan de *prudent person* regel. Laapers conclusies monden uit in aanbevelingen aan de wetgever, de toezichthouder en de uitbestedende ondernemingen.

(P. Laaper, *Uitbesteding in de financiële sector in het bijzonder van vermogensbeheer door pensioenfondsen*, diss. Nijmegen, Deventer: Wolters Kluwer 2015, 431 p.)

5. Intellectuele eigendomsrechten als verhaalsobject

Op 29 februari jl. verdedigde de Amsterdamse advocaat Aranka Keur aan de Universiteit Utrecht haar studie over intellectuele eigendomsrechten als verhaalsobject. De essentie hiervan is dat ie-rechten in Nederland minder vaak als verhaalsobject worden gebruikt dan men op grond van hun economisch belang zou verwachten. Dat is mede toe te schrijven aan lacunes in de Nederlandse regelgeving. De auteur stelt voor deze lacunes te dichten met gebruikmaking van de *UNCITRAL legislative guide* en het *UNCITRAL IP-supplement*. Menigeen zal dit voorstel gaarne onderschrijven. Uit methodologisch gezichtspunt is er evenwel het een en ander op aan te merken. Zo had het mijns inziens voor de hand gelegen om het thema in het kader van de grotere context van het goederenrecht – zie nr. 2 hierboven – te plaatsen.

Verrassend is voorts Keurs gebruik – c.q. niet-gebruik – van de rechtsvergelijking. Uit het Voorwoord citeer ik:

“zonder dat daarvoor EU-wijd rechtsvergelijking is gedaan: bij gebreke van harmonisering van het EU zekerhedenrecht en verhaalsbeslagrecht, mag worden aangenomen dat vergelijkbare situaties elders in de EU bestaan (zie bijvoorbeeld het *UNCITRAL IP-supplement* en het *Modellgesetz*, een suggestie van twee professoren die dient aan te zetten tot discussie over specifieke regelgeving in Duitsland”.

Dat Duitse project is voor intern gebruik geschreven, maar de *UNCITRAL* regeling heeft zoveel commentaar gekregen dat aan de hand hiervan heel goed ‘echte’ rechtsvergelijking had kunnen worden bedreven.

(Aranka Keur, *Intellectuele-eigendomsrechten als verhaalsobject/verhaal van vorderingen door uitwinning van ie-rechten in Nederland*, diss. Utrecht, Den Haag: Boom 2016, 397 p.)

6. Vijfenzeventig edities Palandt

Het is het schrikbeeld van Nederlandse juristen: de *Palandt*-uitgave van het *Bürgerliches Gesetzbuch*. Op uiterst beknopte wijze wordt hierin een overzicht gegeven van tekst, toelichting, jurisprudentie en commentaar op het Duitse wetboek. Om de tekst in één band bijeen te kunnen houden, is gekozen voor een veelvuldig gebruik van afkortingen. Dat gebeurt dermate frequent en in zo extreme vorm, dat alleen geoefende lezers ermee overweg kunnen. Nu juridisch Duits voor ons Nederlanders toch al geen gemakkelijke opgave ‘darstellt’, is het resultaat niet altijd prettig leesbaar. Een willekeurig gekozen voorbeeld ontleend aan een oudere editie, uit het commentaar bij § 822 over ongerechtvaardigde verrijking:

“b) Erlangt vom urspr Empf ist zunächst der Ggst selbst (§ 812 Rn 16-30), ferner bei § 816 I 1 der Erlös samt Gewinn (§ 816 Rn 24). Erlangt sind ferner die Nutzgen u ErsWerte, die unter § 818, I, II fallen (zum Wegfall der Ber nach § 818 III s unten Rn 7). Darü hinaus muß es nach dem GrdGedanken des § 822 für die Begr einer BerHaft des Drgenügen, wenn das für den urspr Ggst dch RGesch Erworbene, zB eine von dem erlangten Geld gekaufte Sache, dem Dr unentgeltl zugewendet worden ist.”

Toegegeven: met enige oefening komt men er wel uit, maar een *Jauernig* – het model voor onze *T & C* – verdient toch verre de voorkeur.

De eerste uitgave van de *Palandt* kwam in 1939 uit onder redactie van Otto Palandt. Wie was deze Otto Palandt? Palandt was raadsheer in het *Oberlandesgericht* Kassel en maakte na zijn aansluiting bij de NSDAP snel carrière bij de nazi's. De uitgave was mede bedoeld als vervanging van de vergelijkbare handboeken van Joodse civilisten zoals Otto Liebmann. Nog tot en met de zevende druk was de *Palandt* niet van nazi-smetten vrij. Thans is de *Palandt* aan de 75^e druk gekomen, die eind 2015 het licht zag. De uitgave gaat vergezeld van een heus *Festschrift*. Hierin schrijven auteurs en gebruikers van hun ervaringen met de *Palandt*.

De eerste uitgave van 1938 telde reeds 2194 pagina's en was met een oplage van 5000 exemplaren tegen een prijs van RM 27,50 vrijwel direct uitverkocht. Het voor *Palandt* kenmerkend gebruik van afkortingen heeft één groot voordeel, te weten dat het nog altijd mogelijk is het gehele *Bürgerliches Gesetzbuch* en aanverwante wetten in één band op te nemen. Dankzij de afkortingen worden naar schatting 400 op de in totaal 3200 pagina's tekst bespaard.

Het *Festschrift* is gevuld met blikken achter de schermen, maar ook bijdragen van lezers. Onder hen bevinden zich Bettina Limperg, president van het *Bundesgerichtshof*, Karsten Schmidt, mega-bijdrager aan *Festschriften* zoals de lezer van deze kroniek bekend zal zijn, en Friedrich von Westphalen, de politicus die veel over *AGB* en consumentenbescherming schrijft. Het *Festschrift* is niet los in de handel, maar wordt als jubileumgeschenk bij aanschaf van de 75e druk cadeau gedaan.

(*Festschrift Palandt Bürgerliches Gesetzbuch 75. Auflage 2016*, München: Beck 2015, 159 p.)

7. Common law of obligations

Van 15-18 juli 2014 organiseerden de juridische faculteiten van de Universiteiten van Hong Kong en Melbourne in eerstgenoemde stad de zevende tweejaarlijkse conferentie over *common law* verbintenissenrecht. Twee bundels resulteerden hieruit. Die over *Divergences in private law* hoop ik in een volgende kroniek aan te kondigen. Ditmaal is *Divergence and unity* het thema. In een inleidend overzicht geven de twee redacteurs, Andrew Robertson (Melbourne) en Michael Tilbury (Melbourne), aan wat zij onder *unity* verstaan. Dat is in de eerste plaats de uniformiteit waaraan wij meteen zullen denken: het recht van alle *common law* landen is gelijk omdat de *Privy Council* daarop toeziet. Maar ook verstaan zij onder *unity* de eenheid 'in the sense of a significant underlying commonality between bodies of law which differ in their particulars' (p. 1-13). Dan volgt een bijdrage van Andrew Burrows (Oxford) over rechtsvergelijking door de hoogste Engelse rechter, die ik al eerder in deze kroniek heb aangekondigd (zie *NTBR* 2015/42, afl. 9, p. 286) (p. 15-35).

Paul Finn (Melbourne) schetst de verzelfstandiging van de *common law* in Australië, Canada en Nieuw Zeeland die ooit zuchtten onder de 'hegemony of the English version of the common law' en de *Privy Council* in Londen als hoogste rechter ook voor een land aan de andere kant van de wereld als Nieuw Zeeland hadden. Aan de aversie lagen mede enige streng formalistische uitspraken van de *Privy Council* en de afwijzing in Engeland van redelijkheid en billijkheid ten grondslag (p. 37-61). In Singapore is hierover in 1993 een speciale wet aangenomen: de *Application of English law act*. Goh Yihan (Singapore) wijst op het feit dat de geografische omstandigheden van de kleine stadstaat Singapore niet geschikt zijn voor toepassing van Engels recht zoals dat naar voren komt in zaken als *Dalton v Angus* en *Murphy v Brentwood District Council* (p. 63-100). Paula Giliker (Bristol) signaleert dat het Engelse aansprakelijkheidsrecht, ondanks het Britse lidmaatschap van de EU, de aanvaarding van fundamentele rechten in 1998 en de overvloed aan Engelstalige literatuur over Europees privaatrecht, nog sterk op de andere *common law* landen is georiënteerd. Giliker acht het daarentegen essentieel 'not to think simply in terms of family loyalty but consider which systems can provide the analytical keys we seek in terms of legal development' (p. 101-117).

Anthony Mason (voormalig *Chief justice* van het Australische *High court*) gaat in op de verhouding tussen *common law* en wetgeving. In grote lijnen onderschrijft hij de visie hierop van eerdergenoemde Andrew Burrows in een bijdrage aan de *Law Quarterly Review*, maar hij vindt deze te stellig: "There are cases where a court would be justified in awaiting a legislative response" (p. 119-134). Sian Elias (Chief Justice Nieuw Zeeland) geeft een mooie kenschets van de verhouding tussen rechtersrecht en wetgeving in het recht van Nieuw Zeeland:

"Because of our circumstances we have always relied heavily on statute law. And, as a result, I think we may have had a less suspicious view of statutes than the older common law jurisdictions and have been willing from earliest times to see statutes and common law as forming one legal order." (p. 135-151)

Peter Cane (Canberra) vergelijkt de aansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaad in Australië en Engeland met die in de Verenigde Staten. In laatstgenoemde jurisdictie(s) kent men het begrip 'sovereign immunity', dat vaak aan aansprakelijkheid in de weg staat. Cane ziet hierin de publiekrechtelijke weg weerspiegeld, terwijl Australië en Engeland een privaatrechtelijke visie op onrechtmatige overheidsdaad hebben (p. 153-173). Hetzelfde thema wordt behandeld door Niamh Connolly (Dublin), die de afwijzing van *Crown immunity* in alle *common law* stelsels behalve die van de Verenigde Staten als een evolutie van de *common law* rechtscultuur ziet (p. 175-213).

Allan Beever (Auckland) gaat aan de hand van *Smith/Leech Brain*, [1962] 2 *QB* 405 en *Invercargill City Council/Hamlin*, [1994] 3 *NZLR* 513 in op het ideaal van eenheid van de *common law* (p. 215-231). Dan Priel (Osgoode Hall) signaleert 'that common lawyers care much less than they used to whether their own legal system adopts the same solutions as other common law countries, and my claim is that this trend will continue and probably intensify' (p. 233-258). TT Arvind (Newcastle) wijst op de teloorgang van de betekenis van het verbintenissenrecht in Engeland, ten faveure van het bestuursrecht, anders dan in landen als Canada en Nieuw Zeeland (p. 259-278). James Goudkamp (Oxford) en John Murphy (Lancaster) stellen dat zowel op het gebied van theorievorming (*law & economics*), wetgeving als rechtspraak van een verregaande mate van divergentie tussen *common law* stelsels sprake is (p. 279-299). Sarah Worthington (Cambridge) ten slotte bericht over de rol van partij-autonomie in het privaatrecht (p. 301-322).

Dit is een prachtige uitgave, rijkelijk van registers voorzien. In een bundel als deze kan men geen uitbundige citaten uit Nederlandse publicaties verwachten. Toch ontbreken ze niet geheel en al, zoals de verwijzingen naar Elaine Mak en Jan Smits uitwijzen.

(Andrew Burrows, *The relationship between common law and statute in the law of obligations*, (2012) 128 *Law Quarterly*

Review 232; Andrew Robertson, Michael Tilbury (red.), *The common law of obligations*, Oxford: Hart 2016, 331 p.)

8. Israel: van common naar civil law?

Louisiana, Schotland, Zuid-Afrika ... en Israël – zo luidt het klassieke rijtje *mixed jurisdictions*. Dat zijn stelsels met een *civil law* en een *common law* aspect. De *mixed jurisdictions* lobby werkt de laatste jaren op volle toeren en is er in geslaagd een groeiend aantal stelsels voor zich te winnen. Mogelijk zal één lid van het eerste uur de groep op termijn evenwel verlaten. Het betreft Israël, dat hard bezig is de geleerden van de *civil law* stelsels te versterken. Dat valt te lezen in een Engelstalige bijdrage van Talia Einhorn (Tel Aviv) in *Rabels Zeitschrift*. Israel is altijd al een vreemde eend in de *mixed jurisdictions* bij geweest, in die zin dat de meeste leden van deze groep aanvankelijk bij de *civil law* hoorden om vervolgens onder invloed van de *common law* te komen. Israel daarentegen maakte een omgekeerde ontwikkeling door. Het kreeg na het einde van het Britse mandaat in 1948 wel enige codificaties, maar de stijl en methode van de rechtsontwikkeling bleven trouw aan de *common law*. Totdat de influx van immigranten uit post-WOII-Europa de *civilian lobby* in het Ministerie van Justitie versterkte. Met alle gevolgen van dien:

“Israel is a small country, not an international commercial center, with a language not spoken or read by many outside Israel. Its legal system cannot develop fast enough by precedents. A carefully drafted civil code, based on comparative research, will improve Israel’s legal infrastructure and serve as a basis for future development, similar to other countries that have adopted a civil code.”

Die gedachte resulteerde in het huidige codificatiewerk. In 1975 werd onder leiding van Uri Yadin een aanvang gemaakt met de codificatie-arbeid en in 1984 werd onder voorzitterschap van Aharon Barak een redactiecommissie gevormd, die in 2011 een ontwerp uitbracht. Het ontwerp bestaat uit 996 artikelen verdeeld over zeven boeken: een algemeen deel (§ 1-6), de rechtshandeling (§ 7-47), verbintenissen (§ 48-498), goederen (§ 499-692), erfrecht (§ 693-815), beperking van aansprakelijkheid (§ 822-859) en algemene bepalingen (§ 860-996). Een memorie van toelichting is niet gepubliceerd, evenmin als de notulen van de redactiecommissie

De auteur van dit artikel (werkzaam in Tel Aviv), is duidelijk voorstandster van codificatie van het Israëliësch burgerlijk recht:

“The shift from the mixed legal system that Israel has now, to a civil code informing private persons and business people of their rights and duties without having to first turn to a court, will be a defining event in the life of the State. If carried out properly it will also be a tribute to legal scholarship, being capable of providing the legal

infrastructure that is necessary for the functioning of the economy.”

Maar dat gezegd zijnde dient er in haar ogen nog heel wat te gebeuren: (a) er is behoefte aan een voorbereidende studie naar de bestaande regels; (b) en (c) een fundamentele discussie is nodig over de structuur van het wetboek, met name op het algemeen deel kan veel kritiek worden uitgeoefend; (d) er is een regeling voor leemten van node; (e) de onderwerpen dienen integraal te worden behandeld, maar zonder dat ieder detail wordt bestreken; (f) en (g) het wetboek moet geen vragen aan de rechter overlaten zonder aan te geven welke factoren deze daarbij dient te wegen; (h) definities horen niet thuis in een wetboek; (i) verwijzingen naar andere wetten horen evenmin in het wetboek thuis.

(Talia Einhorn, ‘The common law foundations of the Israeli draft civil code/A critical review of a paradigm-shifting endeavor’, *Rabels Zeitschrift* 2016, p. 93-129)

9. Terrorisme en privaatrecht

Terrorisme is een verschijnsel dat tot grote schade kan leiden. Men denke slechts aan ‘9/11’ en de daaruit resulterende rechtszaken. In rechte werd meer dan \$ 1 miljard aan schadevergoeding geclaimd. Tot de verweerders behoorden de overheid, veiligheidsfirma’s en een vliegtuigfabrikant. Zo groot was de vrees voor insolventie van veiligheidsfirma’s, dat hiervoor de *US Safety Act* in het leven werd geroepen. Ook in Europa bestaat aanleiding de aansprakelijkheden voor terrorisme te onderzoeken. Onder redactie van Lucas Bergkamp, Michael Faure, Monika Hinteregger en Niels Philipsen verscheen onlangs bij Cambridge University Press een studie hiernaar.

De bundel telt elf hoofdstukken, verdeeld over drie delen en afgesloten met enige conclusies. Deel I opent met een schets van de aansprakelijkheid voor aan terrorisme gerelateerde risico’s naar internationaal recht. Dan volgt een analyse van de aansprakelijkheid naar Europees recht. Deel II begint met een overzicht van aansprakelijkheid in zeven Europese lidstaten, gevolgd door een vijftal case-studies. Bedoelde lidstaten zijn Duitsland (Peter Rott), Engeland en Wales (Claire McIvor), Frankrijk (Florence G’Sell), Nederland (Siewert Lindenbergh en Willem van Boom), Polen (Ewa Baginska), Spanje (Pedro del Olmo) en Zweden (Philip Mielnicki en Marten Schultz). De *case-studies* zien op de aansprakelijkheid van de producent van een machine waar een stop-knop bij dreigend terrorisme niet functioneert; een op maat gemaakt software-programma dat bij een aardbeving niet goed werkt; een beveiligingsbedrijf dat een waterleiding niet afdoende bewaakt; een andere beveiligingsbedrijf dat onvoldoende grensbewaking uitvoert; en onoplettendheid van een employé van een afhandelingsbedrijf bij de bagage-afhandeling op een luchthaven waardoor een vliegtuig een noodlanding moet maken. Een vergelijkend perspectief wordt ons gepresenteerd door Monika Hinteregger.

Deel III bevat deelstudies over verzekering, exoneratie, alternatieven. Lucas Bergkamp en Nicolas Herbatschek werpen de vraag op of aansprakelijkheid voor aan terrorisme gerelateerde risico's ondernemingsbedreigend is. Michael Faure en Niels Philipsen bespreken de rechtseconomische aspecten en het duo Bergkamp/Herbatschek de vraag of hier een rol voor Europa is weggelegd.

(Lucas Bergkamp *et al.* (red.), *Civil liability in Europe for terrorism-related risk*, Cambridge: University Press 2015, 381 p.)

10. Europees privaatrecht: alweer een Duitstalige encyclopedie

In 2009 verscheen onder redactie van de drie toenmalige directeuren van het *Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* – Jürgen Basedow, Klaus Hopt en Reinhard Zimmermann – bij Mohr (Tübingen) het tweedelige *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*. Van deze uitgave is nadien ook een Engelse versie verschenen. Inmiddels is in 2016 bij Nomos (Baden-Baden) het eerste deel van een concurrerende encyclopedie uitgekomen. Deze concurrent, onder hoofdredactie van Armin Hatje en Peter-Christian Müller-Graff, moet uiteindelijk tien delen gaan omvatten. Het thans voorliggende deel, onder redactie van Martin Gebauer (Tübingen) en Christoph Teichmann (Würzburg), ziet op het Europees privaatrecht en ondernemingsrecht. Dit deel telt negen paragrafen ('hoofdstukken' zouden wij ze noemen). § 1 is geschreven door de beide redacteurs en handelt over 'Methoden und Formen europäischer Rechtsangleichung' (p. 37-67). Hierin komen onder andere de grondvrijheden, de richtlijnconforme uitleg en de grenzen daarvan aan de orde. Van dat laatste kan sprake zijn als een lidstaat een richtlijn buiten de werkingssfeer van toepassing heeft verklaard, bijvoorbeeld omdat een beperking tot consumententransacties niet geïndiceerd leek. Volgens de Duitse rechtspraak (*NJW* 2013, 220) dienen in dat laatste geval b2b-transacties – tot mijn ontzetting – niet richtlijnconform te worden geïnterpreteerd.

§ 2 is verzorgd door Peter-Christian Müller-Graff (Heidelberg) en is getiteld 'Allgemeines Gemeinschaftsprivatrecht' (p. 69-151). De auteur zet hier uiteen wat naar zijn mening moet worden verstaan onder *Gemeinschaftsprivatrecht*, *Unionsprivatrecht* en *Europäisches Privatrecht*. Interessant is voorts wat hij heeft op te merken over de noodzaak van coherentie van het *Gemeinschaftsprivatrecht*.

Christian Baldus en Thomas Raff (Heidelberg) nemen in § 3 'Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts' voor hun rekening. De auteurs wijzen allereerst op de Duitse hegemonie op het gebied van de methodologie, 'namentlich eines Dialogs zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft, wie er nicht überall existiert'. Verrassend is hun voorspelling van de strijd tussen Duits en Engels als belangrijkste taal: "Die geschichtliche Erfahrung lehrt, dass in den meisten Wissenschaften am Ende die Sprache dominiert, in der die besten Texte geschrieben werden". Duitsers hoeven zich

geen zorgen te maken: "Das Problem der genannten Referenzwerke ist also langfristig nicht, dass nicht jeder sie lesen kann". Wel is het zaak dat de Duitse auteurs hun methodologische beschouwingen van een Europese verdieping voorzien (p. 153-221).

In § 4 bespreekt Martin Schmidt-Kessel (Bayreuth) 'Verbraucherschutzrecht in der EU'. Hier komen onder meer de historische ontwikkeling, algemene voorwaarden, handelspraktijken, de Richtlijn consumentenrechten, consumentenkoop, consumentenkrediet en pakketreizen (p. 223-380). Justus Meyer (Leipzig) behandelt in § 5 'Europäisches Handelsrecht': het Unierecht, historische en rechtsvergelijkende beschouwingen, onderverdeling, handelsregister, handelsagent, betalingsachterstand, handelsclausules (p. 381-486). Het aanverwante 'Europäisches Gesellschaftsrecht' wordt in § 6 besproken door redacteur Teichmann (p. 487-629). David Eckner (Düsseldorf, Luxemburg), Christina Delia Preiner (Liechtenstein), Wilhelm Wachter (Liechtenstein) en Dirk Zetsche (Liechtenstein) behandelen in § 7 het 'Europäisches Kapitalmarktrecht', dat bij ons ook wel als financieel recht wordt aangeduid (p. 631-928).

In § 8 schrijven David-Christoph Bittmann (Landgericht Kaiserslautern), Carl Friedrich Nordmeier (Landgericht Wiesbaden), Matthias Weller (Wiesbaden) over 'Europäisches Kollisionsrecht'. Allereerst geven zij een overzicht van de verschillende documenten die hierbij spelen: het EG-verdrag van 1958, het witboek over voltooiing van de binnenmarkt van 1985, het Verdrag van Amsterdam van 1998, het programma van Tampere van 1999-2004, het programma van Den Haag van 2005-2009 en het programma van Stockholm van 2009-2013. Vervolgens bespreken zij de ontwikkeling van de competentie van de EU op dit gebied. Het zwaartepunt ligt bij het onderdeel 'Das Europäische Kollisionsrecht im Spiegel der Allgemeinen Lehren des IPR'. Verdient codificatie van het Europese ipr aanbeveling? Weller is hier niet geheel duidelijk over:

"Der Kodifikationsidee, insbesondere der Abstraktion wiederkehrender Fragen in einem Allgemeinen Teil nach deutschen Vorbildern, wird dabei wenig Überzeugungskraft zugetraut. Noch größere Zweifel bestehen an der politischen Durchsetzbarkeit. Gleichwohl bleibt sie aus systematischen Gründen wünschenswert." (p. 929-1162)

In § 9 schrijft Frydryk Zoll (Osnabrück) over 'Der Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen im Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung', dat inmiddels is ingetrokken en vervangen door een nieuw voorstel. Eerder heb ik gewezen op het probleem dat zich aandient als iemand publiceert over een inmiddels ingetrokken wetsvoorstel (p. 1163-1243).

Het boek wordt afgesloten met een literatuuroverzicht en een trefwoordenregister. De aandacht voor Nederlandse auteurs valt op het eerste gezicht tegen; het literatuuroverzicht noemt slechts enkelen. Maar wie verder speurt komt een hele waslijst aan landgenoten tegen; ik noteerde (zonder aanspraak op volledigheid te maken): Bram Akkermans,

Katharina Boele-Woelki, Odavia Bueno Diaz, Jeroen Chorus, Adriaan Dorresteijn, Sjf van Erp, Piet-Hein Gerver, Willem Grosheide, Matthias Haentjens, Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Viola Heutger, uw kroniekschrijver, Jan Bernd Huizink, Christoph Jeloschek, Paul Kapteyn, André Klip, Harm-Jan de Kluiver, Loes Lennarts, Chantal Mak, Vanessa Mak, Alison Mc Donnell, E.M. Meijers, Willem Molengraaff, Kamiel Mortelmans, Edgar du Perron, Jacobien Rutgers, Arthur Salomons, Kid Schwarz, Manola Scotton, Hanna Sivesand, Vino Timmerman, Christiaan Timmermans, Eric Tjong Tjin Tai, Muriel Veldman, Pieter VerLoren van Themaat, Reinout Wibier en Niek Zaman.

(Martin Gebauer en Christoph Teichmann (red.), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht*, in: Armin Hatje en Peter Müller-Graff (red.), *Enzyklopaedie Eur. Privat und Unternehmensrecht* deel 1, Baden-Baden: Nomos 2016, 1278 p.)

11. Europees privaatrecht: alweer een Engelstalig handboek uit Duitsland

De Duitsers hebben het helemaal door. Duits mag in Europa dan een van de meest gesproken talen zijn, internationaal komt men er niet ver mee. Vandaar dat veel Duitstalige auteurs hun toevlucht tot het Engels zoeken. Bij voorkeur verzekeren zij zich dan van de medewerking van een *native speaker*, want echt Engels spreken ze niet. Nog beter dan òf òf is èn èn: zowel een Duits- als een Engelstalige uitgave. Die bezorgden Reiner Schulze en Fryderyk Zoll ons met hun *European contract law*, dat eerder – in 2015 – in het Duits verscheen. Het boek is ingedeeld in acht hoofdstukken:

1. Grondbegrippen (Inleiding, contractenrecht als onderdeel van Europees privaatrecht, contractenrecht en *acquis communautaire*, coherentie van het Europees contractenrecht, codificatievoorstel).
2. Basiselementen (contractsbegrip, typen contracten, gemengde contracten, contractvrijheid, contractpartijen, uitleg).
3. Totstandkoming en inhoud (totstandkoming, overeenstemming, aanbod en aanvaarding, precontractuele mededelingen, enkelzijdige beloften, *inertia selling*, precontractuele verplichtingen, wilsgebreken, bedenktijd).
4. Oneerlijke bedingen (overzicht, rechtsvergelijking, richtlijn, te late betalingen, *acquis principles*, *DCFR*, hervorming, oneerlijke bedingen niet in richtlijn consumentenrechten, *CESL*).
5. Nakoming (nakoming, *CESL*, wijze van nakoming).
6. Niet-nakoming (inleiding, niet-nakoming, zuivering, sancties).
7. Verjaring.
8. Toekomst.

Interessant zijn de beschouwingen in hoofdstuk 2 over redelijkheid en billijkheid. Europa is hier terughoudend mee. Maar het begrip is er niet onbekend. Allereerst vinden we het in art. 3 van de Richtlijn oneerlijke contractbedingen en art. 7 van de Richtlijn vertraagde betalingen. Eerder nog komt het voor in art. 3 Richtlijn handelsagenten en

nadien, vergezeld van 'eerlijke marktpraktijken' in art. 2 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Ook in rechtspraak van het Europese Hof duikt het begrip op, zoals in Messner (C-489/07), waar het temeer opmerkelijk is.

Het Europees kooprecht kent regels om *inertia selling* tegen te gaan: de gebondenheid aan een aanbod indien men niet conform de voorwaarden van de aanbieder reageert. In *CESL* ontbreekt een dergelijke bepaling. Zoll wijst erop dat de *Acquis principles* wel een algemeen beginsel bevatten dat een consument niet gebonden is in geval van nalatigheid om tegen de aflevering van ongevraagde goederen of diensten te protesteren. Datzelfde geldt voor beginselen van precontractuele redelijkheid en billijkheid.

Een bezwaar van onderwijs in het Europees consumentenrecht was in het verleden het ontbreken van jurisprudentie, die immers dat onderwijs sterk verlevendigt. Inmiddels bestaat dat bezwaar niet meer, want er is rechtspraak te over. Des te meer te betreuren is het dat deze uitgave daar zo weinig van laat zien. Het boek is daarom meer als naslagwerk dan als studie-uitgave geschikt.

Dit is geen *Fundgrube* van Nederlandse publicaties over Europees contractenrecht. Drie namen van landgenoten kwam ik slechts tegen bij de gebruikelijke *quick-scan*: Cees van Dam, Rein Wesseling en Erik Zippro.

(Reiner Schulze, Fryderyk Zoll (red.), *European contract law*, Baden-Baden: Nomos, München: Beck, Oxford: Hart, 2016, 296 p.)

12. De hanteerbaarheid van het recht en de geneeskragtige werking van honing

Op 26 maart 1999 overwoog de Hoge Raad in een alimentatiezaak onder meer als volgt:

“Ter wille van de *hanteerbaarheid* [mijn cursivering, EH] van het systeem dient daarbij evenwel als vuistregel te worden aanvaard dat ingeval de beëindiging van de uitering voor de alimentatiegerechtigde geen of slechts een relatief onbetekenende terugval in inkomen ten gevolge heeft, de rechter in beginsel zonder meer, en met name zonder in zijn motivering de verdere omstandigheden van het geval te hoeven betrekken, mag aannemen dat het beroep op de uitzondering faalt.” (NJ 1999/654)

Het begrip *hanteerbaarheid* komt daarna in tal van arresten terug: NJ 1999/655, NJ 2000/690 (*Dordrecht/Stokvast*), NJ 2002/400 (*Oldenzaal*), NJ 2003/257 (*Glassinstruments*), NJ 2004/396 (*Revabo/Amev*), NJ 2004/572 (*Zwolsche/Vormenfabriek*), NJ 2005/256 (*Woudsend*), NJ 2006/45 (*salaris advocaten*), NJ 2006/377, NJ 2007/481 (*Ahold/Staat*), NJ 2010/272 (*Veghel*), NJ 2011/253, NJ 2011/309 (*Forward Business Parks*), NJ 2011/597 (*TNT*) en NJ 2012/226 (*Eurofactor*) – *rechtspraak.nl* noemt nog ruim 15 000 vindplaatsen. Wat houdt het begrip 'hanteerbaarheid' in? De Groningse rechtenfaculteit koos deze vraag als overkoepelend thema voor haar onderzoeks-

programma. In deze bundel maken de onderzoekers de balans op. Na een inleiding van Frits Brandsma en anderen volgen zes hoofdstukken over hanteerbaarheid en verbintenissenrecht, goederenrecht, notarieel recht, burgerlijk procesrecht, gezondheidsrecht en Romeins recht. Deze exercitie wordt afgesloten met conclusies. Hanteerbaarheid, zo luidt de conclusie, valt evenmin als rechtvaardigheid uitputtend te definiëren. Wel laten zich bepaalde aspecten onderscheiden, in het bijzonder efficiëntie en rechtseenheid – die laatste mede in verband met europeanisering. De onderzoekers wijzen op het ontbreken van een consistente visie op de vraag wanneer het bereik van een Europese regel verbreed dient te worden tot gevallen zoals *b2b*-transacties die hierbuiten vallen.

Een bundel als deze bevat altijd wel interessante wetenswaardigheden. Een enkel voorbeeld: Brandsma wijst erop dat het adagium *fraus omnia corrumpit* te danken is aan een beschouwing van Plinius de oudere over de geneeskrachtige werking van honing. Hubben en Dorscheidt signaleren een ondermijning van het vertrouwen in de medische tuchtspraak:

“Veel klagers zijn met hun ongenoegen over de gang van zaken in de relatie met een hulpverlener bij het tuchtcollege in feite aan het verkeerde adres. De klacht is in die gevallen inhoudelijk zo licht, te weinig gefundeerd of voldoet niet aan basale vereisten dat, naar het oordeel van het tuchtcollege, die niet tot een mondelinge behandeling kan leiden en wordt afgedaan in raadkamer (buiten aanwezigheid van partijen). Dat leidt tot frustratie bij een jaarlijks groeiend legertje van vele honderden teleurgestelde klagers”

En ten slotte vragen Brinkman c.s. zich af of het BW-stelsel van erfpacht, dat kennelijk gebaseerd is op het uitgangspunt van gelijke partijen, niet volledig is achterhaald – zie daarover ook nr. 2 hierboven.

Hanteerbaarheid dient volgens Brandsma c.s. tegen andere waarden te worden afgewogen: hanteerbaarheid is niet zaligmakend. Tenslotte wijzen de auteurs op de relatie tot rechtshistorisch onderzoek, empirisch onderzoek en rechtsvergelijking. Nuttig, dit boek? Ja en nee: het boek geeft een doorwrochte analyse van het begrip ‘hanteerbaarheid van het recht’ op een aantal deelgebieden van het recht en is in die zin van nut. Maar of het voor de doorsnee lezer van dit blad interessant is te vernemen hoe Groningse onderzoekers terugzien op hun onderzoek, waag ik te betwijfelen. Bovendien ken ik verschillende lezers die bij het lezen van de term ‘valorisatie’ wat schichtig zullen reageren.

(F. Brandsma *et al.* (red.), *Hanteerbaar privaatrecht*, Den Haag: Boom 2015, 220 p.)

Verwacht in de kroniek algemeen van het juni-nummer van NTBR:

- Eenzijdige rechtshandeling
- Levering en verpanding van toekomstige goederen
- Verordening instapweigerings en annulering of langdurige vertraging van vluchten
- Divergentie van de *common law* van Australië, Canada en Nieuw Zeeland
- Prejudiciële vragen
- Volmacht
- Informatieverplichtingen
- Asbest
- Privaatrecht van de toekomst
- Publicaties in het Engels over Nederlands recht
- Tijdschrift voor Ondernemingsrecht