

## KRONIEK EUROPEES PRIVAATRECHT 2021-3

### 1. Inleiding

Deze kroniek brengt een gemengd Nederlands/Engelstalige oogst aan juridische publicaties. Om te beginnen zijn er zes Engelstalige boeken, die het vermelden waard zijn. Dat zijn een *liber amicorum* voor de Britse rechter Lord Sumption (nr. 2), een rechtstheoretische benadering van *common law* contractenrecht van de Canadees Peter Benson (nr. 3), twee *research* handboeken, één eveneens over privaatrecht vanuit een *common law* perspectief (nr. 4) en één over internationale transacties (nr. 5). In de reeks *Common core of European private law* verscheen onder redactie van Jaap Baaij, David Cabrelli en Laura MacGregor een deel over *interpretation of commercial contracts* (nr. 6) en over corona verschenen diverse publicaties onder redactie van onder meer Bart Krans en uw kroniekschrijver (nr. 7). Teneinde de lezer niet helemaal met Engelstalige publicaties te overrompelen, zullen de aankondigingen tot hoofdzaken worden beperkt.

Nederlandstalige publicaties waren er eveneens: in recht van het noorden (nr. 8) en uit de havens (nr. 9). De staat van de rechtspraak is ook in Nederland voorwerp van discussie (nr. 10). We sluiten af met actuele ontwikkelingen in het familierecht (nr. 11) en promoveren als bijbaan (nr. 12).

### 2. Challenging private law

Het Britse *Supreme Court* kent en kende vele kleurrijke raadsheren, maar weinigen zijn zo kleurrijk als Lord Jonathan Sumption. Sumption is van huis uit rechtshistoricus. Buiten de eigen vakkring is hij vooral bekend vanwege zijn vijfdelige *magnum opus*, *The Hundred Years War*. Dit is de oorlog die van 1337-1453 tussen Engeland en Frankrijk plaatsvond. Alleen het vijfde deel van de reeks is bij mijn weten nog niet rond – in het Voorwoord voor de bundel heeft Lord Grabiner het erover dat de *'final volume is expected shortly'*. . Maar deze aankondiging gaat over een ander facet van Sumptions carrière. Zes jaar maakte Sumption deel uit van het hoogste Britse gerechtshof, maar in die korte periode heeft hij grote invloed op de jurisprudentie gehad. Dat moest gevierd worden en gevierd werd het, met een bundel privaatrechtelijke bijdragen die voortbouwen op een tweedaags congres, op 3 en 4 oktober 2019, in mijn oude Trinity College te Cambridge. Twee Cambridge hoogleraren, William Day en Sarah Worthington, hebben zich over de redactie van de voordrachten ontfermd en er een lezenswaardige bundel van gemaakt. De bundel telt 22 bijdragen, die alle aansluiten bij uitspraken van Lord Sumption, als rechter of *extrajudicially* in voordrachten en tijdschriftartikelen. Waar handelen deze uitspraken over? Ik noem de onderwerpen en hun auteurs en zal daar aan het slot één thema van uitlichten dat ook bij ons veel aandacht heeft getrokken.

De bundel begint met een beknopte inleiding door Lord Sumption, gevolgd door een beschouwing van Ewan McKendrick over uitleg. William Day analyseert het beding *'All variations to this licence must be agreed, set out in writing and signed of both parties before they take effect'*. David Foxton bericht over ontbinding van de overeenkomst. Adam Kramer schrijft over *contract damages*. Boetebedingen worden besproken door Edwin Peel – zie over

---

<sup>1</sup> Hoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht, lid van de redactieraad van TPR.

het boetebeding naar Engels en Belgisch recht ook de Utrechtse dissertatie van Harriët Schelhaas (p. 145-209). Janet O’Sullivan belicht de grens tussen contract en onrechtmatige daad. Nicholas McBride – eerder kondigde ik diens *The humanity of private law* aan - heeft het over letselschade. Donal Nolan beschrijft verbodsacties (*injunctions*). Graham Virgo toont aan dat Sumption op het gebied van ongerechtvaardigde verrijking de *mainstream* volgt. William Day en Sarah Worthington schrijven over *proprietary restitution*, in het bijzonder bij *swaps* – zie het arrest *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*. Lord Sumption was hierbij betrokken, zij het ditmaal niet als raadsheer, maar als *leading counsel*. Jamie Glister schrijft over *knowing receipt*. Charlie Webb belicht het thema van nietige overeenkomsten. Peter Watts schrijft over volmacht. Attributie is het onderwerp van Ernest Lim. Sarah Worthington schrijft over *powers*. En Christian Witting over *piercing the corporate veil*. Joshua Folkard en Ian Bergson kozen als thema ‘*Good arguable case*’. Louise Merrett schrijft over *forum conveniens*. Richard Fentiman belicht de behandeling van vreemd recht. K.R. Handley schrijft over *res judicata* en Bankim Thanki en anderen over het verschoningsrecht (*privilege*).

Zoals hierboven toegezegd licht ik uit deze opstellen één uit, te weten dat over uitleg van Ewan McKendrick. Hierin bespreekt hij de controverse tussen Sumption en Lord Hoffmann over uitleg in context. In het toonaangevende arrest *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28, dat ook in de Lage landen veel aandacht trok, sprak het toenmalige *House of Lords* zich bij monde van Lord Hoffmann uit voor een contextuele uitleg van contracten. In 2016 keerde Lord Sumption zich tegen deze benadering. Hij deed dat niet als rechter, maar *extrajudicially* zoals de Engelsen dit noemen, in een tijdschriftartikel. Sumption schrijft: ‘*The Supreme Court has begun to withdraw from the more advanced positions seized during the Hoffmann offensive, to what I see as a more defensible position ... Just as ICS changed the judicial mood about language and tended to encourage the view that it was basically unimportant, so the more recent cases may in due course be seen to have changed it back again, at least to some degree*’. Lord Hoffmann nam hier furieus stelling tegen in een artikel gepubliceerd in de *Law Quarterly Review*. In zijn bijdrage aan de bundel voor Lord Sumption schetst Ewan McKendrick deze strijd. Sumption heeft volgens McKendrick drie boodschappen voor ons: ‘*(...) the language used by the parties is important and the courts must pay careful attention to it when seeking to elucidate its meaning. Second, courts must be careful when taking into account what is, or is not, said to be a commercially sensible construction of the words in dispute. (...). Third, the tone in which judgments are expressed in the senior courts is important in terms of the signal that is being sent to the lower courts as to the approach that is to be adopted towards the interpretation of contracts*’.

Lord Sumption wordt ook als autoriteit op het gebied van het publieke recht beschouwd – hierop ziet een bundel essays uit Oxford, bijeengebracht door R. Ekins, P. Yowell en N. Barber. *Challenging private law* – een interessante vraag is wat *challenging* hier precies betekent – biedt een boeiend inzicht in hedendaags Engels privaatrecht.

(William Day, Sarah Worthington (red.), *Challenging private law/Lord Sumption on the Supreme Court*, Oxford: Hart, 2020, 434 p.; R. Ekins, P. Yowell en N. Barber (red.), *Lord Sumption and the limits of the law*, Oxford: Hart, 2016, 248 p.; H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 145-209; Jonathan Sumption, *Trial by battle/The Hundred Years War, vol. 1*, University of Pennsylvania Press, 1999, 672 p.; Jonathan Sumption, *Trial by fire/, vol. 2*, 2001; Jonathan Sumption, *Divided houses/The Hundred Years War, vol. 3*; Jonathan Sumption, *The Hundred Years War, vol. 4, Cursed kings*, 2015, 928 p.).

### 3. *Justice in transactions*

Natuurlijk: wij hebben in het zuiden Walter van Gerven. En in het noorden is er Asser-Scholten. Maar wat ontbreekt zijn boeken die contractenrecht of aansprakelijkheidsrecht diepgravend theoretisch benaderen. Dat is meer het terrein van de *common law*. Een boek als de *Rise and Fall of the Freedom of Contract* van Patrick Atiyah is zo'n boek dat ook menig Belgisch of Nederlands jurist met rode oortjes zal lezen. Zo'n boek is ook *Justice in Transactions* van de Canadees Peter Benson.

Peter Benson studeerde rechten in Toronto en aan Harvard. Aan deze laatste universiteit schreef hij in 1983 een *LLM thesis* getiteld 'Toward a pure theory of contract law'. Eerder dit jaar verzorgden mijn Utrechtse collega's Jaap Baaij en Elbert de Jong voor een twaalfstal Utrechtse medewerkers een workshop van acht bijeenkomsten waarin Benson's *Justice in transactions* (2019) werd bestudeerd. Ook Benson zelf nam aan de discussie deel. Dit fraaie boek kan worden gezien als een uitwerking van zijn LLM thesis die Benson aan Harvard University produceerde. Het boek telt twee delen: *Principles* en *Theory*. Het eerste deel is onderverdeeld in drie hoofdstukken: *formation (consideration; offer and acceptance, implication)*, *fairness (paradigm, fair terms, fairness and assent in standard form contracts)* en *enforcement (fundamental ideas, unity and diversity in remedies; expectation damages and contract theory)*. Deel 2 telt drie hoofdstukken: *contract as a transfer of ownership*, *a moral basis for contract as transfer* en *the stability of contract as transfer*.

Wat maakt dit boek zo leesbaar? Dat is dat het niet uitsluitend over Canadees recht gaat; Amerikaans en vooral Engels recht spelen een belangrijke rol. Zelfs Europese juristen Olha Cherednychenko, Jacques Ghestin, Emmanuel Gounot, Grotius, Eike von Hippel, Christophe Jamin, Raymond Saleilles en Reinhard Zimmermann – heel bijzonder voor een *common law* publicatie – worden geciteerd. Dat geldt niet alleen voor auteurs, maar ook voor arresten zoals *AG v. Blake*, *Balfour v. Balfour*, *Beswick v. Beswick*, *Hadley v. Baxendale*, *Henningsen v. Bloomfield Motors*, *Hoffman v Red Owl Stores*, *Krell v. Henry*, *Lumley v. Wagner* (1852) en de *Moorcock*

*Justice in transactions* heeft ook buiten de *common law* de aandacht getrokken. In het bijzonder de moeite waard is het themanummer van de *European Review of Contract Law* vol. 17 deel 2 (juni 2021). Dit nummer bevat veelal kritische bijdragen van de juist genoemde Olha Cherednychenko, 'Fundamental rights, contract law and transactional justice'. Zij stelt dat de hoofdvraag momenteel niet zozeer is 'whether fundamental rights may have an impact on contract law, but to what extent this will occur' (p. 130-141), Jan Felix Hoffmann, 'Contract law theory and the concept of "ownership"' (p. 142-156), Florian Rödl, 'Justice in contract, no justice in the background' (p. 157-169), Thomas Gutmann, 'Autonomy in transactions' (p. 170-183), Sebastian Rödl, 'The public of contract, and its justification': 'This essay argues that the opposition 'of contract law and a philosophical justification is unsound' (p. 178-197), Muriel Fabre-Magnan, 'A theory of contract law: what meaning and for what purpose?' (p. 198-210), Nathan Oman, 'Markets and contractual fairness: 'is not persuaded by Benson's formal approach to the fairness of markets' (p. 211-223), Roy Kreitner, 'The ambition of public justification in contract' (p. 224-230), Martijn Hesselink, 'Justice in transactions: a public basis for justifying contract law?: Hesselink concludeert dat 'Benson's understanding of contract law as separate from politics appears at odds, not merely with Rawlsian political justice, but with the very idea of public justification' (p. 231-244); Adin Bagchi, 'Would reasonable people endorse a "content-neutral" law of contract?' (p. 245-255). Het themanummer van *ERCL* wordt afgesloten met een antwoord van Peter Benson aan zijn critici (p. 256-283).

(Peter Benson, *Justice in transactions/A theory of contract law*, Harvard: University Press, 2019, 610 p.).

#### 4. *Research handbook private law theory*

Bij Edward Elgar verschijnen in de reeks *Research handbooks* afgelopen jaar twee bundels. Eerst besteed ik aandacht aan die over *Private law theory*. Deze bundel telt 28 hoofdstukken, verspreid over vier delen: *Contracts*, *Property*, *Torts* en *The domain of private law: extension and reflection*. De bundel wordt geopend met een introductie door beide redacteuren, Hanoch Dagan (Tel Aviv) en Benjamin Zipursky (Fordham), over het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht.

Deel I telt zes bijdragen over contractenrecht, van Robert Scott over ‘A joint maximization theory of contract and regulation’, van Gregory Klass over ‘Promise, agreement, contract’, van Aditi Bagchi (Fordham) over ‘Public justice and private consent’, van Peter Benson (Toronto; over wie hierboven meer) over een ‘public justification of contract law’, van Daniel Markovits (Yale) over ‘Contract as collaboration’ en van Hanoch Dagan en Michael Heller (Columbia) over ‘Choice theory, a restatement’.

In deel II zijn zeven bijdragen over goederenrecht opgenomen. Over de architectuur van het goederenrecht schrijven Thomas Merrill (Columbia) en Henry Smith (Harvard). Lee Anne Fennell (Chicago) koos als thema ‘Property as the law of complements’ en Emily Sherwin (Cornell) ‘Locke and private law’. Hanoch Dagan schrijft over ‘Autonomy and property’ en Gregory Alexander (Cornell) over ‘The human flourishing theory’ (zie daarover ook Nick McBride). Joseph Singer (Harvard) analyseert ‘Democratic property: things we should not have to bargain for’ en Sarah Blandy (Sheffield), Sarah Nield (Southampton) en Susan Bright (Oxford) ‘Real property on the ground: the law of people and place’.

Deel III gaat over onrechtmatige daad: Arthur Ripstein introduceert ‘Corrective justice’, Yoram Kaplan bericht over rechtseconomie en onrechtmatige daad. Gregory Keating (Southern California) behandelt ‘Fair precaution’ en Anita Bernstein (Brooklyn) ‘Gender injustice’. Over ‘Relational justice and torts’ schrijft Avihay Dorfman (Tel Aviv) en over ‘Folk tort law’ Mark Geistfeld (NYU). Benjamin Zipursky ten slotte heeft het over ‘Torts as wrongs and civil recourse theory’.

Deel IV opent met een bijdrage van Irit Samet (King’s College, Londen) over ‘Equity’. Anthony Sebok (Cardozo) schrijft over ‘Corrective justice, unjust enrichment, and restitution’. Cynthia Estlund (NYU) bericht over ‘The fall and rise of the private law of work’. Paul Miller (Notre Dame) en Andrew Gold (Brooklyn) schrijven over ‘The corporation as a category in private law’. Lisa Austin (Toronto) belicht ‘Private law and the rule of law’ en Alan Brudner (Toronto) ‘How are private wrongs possible?’ Dit hoofdstuk wordt besloten door Ernest Weinrib (Toronto) met een analyse van ‘The normative structuralism of corrective justice’.

Dit is een plezierig leesbaar boek over rechtstheorie, dat een mooi overzicht van het (Noord-)Amerikaanse privaatrecht biedt. Wat de nauwlettende lezer mogelijk enigszins zal storen is dat de auteurs – anders dan de hierboven geciteerde Benson - weinig op lijken te hebben met juridische ontwikkelingen buiten het Amerikaanse continent. Aristoteles, Kant en Menger zijn zo ongeveer de enigen die het Europees-continentale recht representeren.

(Hanoch Dagan, Benjamin Zipursky (red.), *Research handbook on private law theory*, Cheltenham: Elgar, 2020, 507 p.).

## 5. *Research handbook international transactions*

Onder redactie van twee Zuidafrikaanse auteurs, Andrew Hutchison (Kaapstad) en Franziska Myburgh (Stellenbosch) verscheen bij Elgar nog een *research handbook*, ditmaal over internationale handelscontracten. Het boek bevat drie delen. Hieraan voorafgaand schetsen beide redacteuren het veld: ‘autonomy and regulation in a dynamic system of merchant law’. Deel I over ‘General principles of contract law’ bevat bijdragen van Franziska Myburgh over de beginselen van uitleg zoals vervat in het Engelse arrest *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society*, waarop hierboven in nr. 2 bij de aankondiging van het *libervoor* Lord Sumption werd ingegaan. Lorna Richardson (Edinburgh), Harriët Schelhaas (EUR), Bert Keirsbilck (Leuven) schrijven over het Europese vooruitzicht op harmonisatie van het contractenrecht, Faadhil Adams (Kaapstad) en Thalia Kruger (Antwerpen) over rechtskeuze en Thomas Krebs (Oxford) over de *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*.

Deel II over *merchant contract forms* bevat hoofdstukken van Juana Coetzee (Stellenbosch) over het Weens koopverdrag en Incoterms: ‘Reviving the traditions of the *lex mercatoria*’. David Finnegan (Western Michigan) analyseert ‘Private ordering, dynamic merchant tradition and the Uniform Commercial Code’. Jeffrey Thomson (Londen) schetst de geschiedenis van de Engelse zeeverzekering. Livashnee Naidoo (Glasgow) schrijft over *blockchain bills of lading*, Charl Hugo (Johannesburg) heeft het over ‘negotiable instruments as instruments of payment in international trade’. Reghard Brits (Pretoria) bepleit ‘harmonizing international secured transactions law. Laura Macgregor (Edinburgh) keert terug naar het haar vertrouwde vertegenwoordigingsrecht (*agency law: continuity and change*).

Het derde en laatste deel van deze bundel over ‘New frontiers’ bevat twee opstellen: van Sieg Eiselen (Pretoria) over ‘online contracting in an international commercial context’ en van Manuel Gómez (Florida) over ‘the chimera of smart contracts’.

Dit boek biedt een aardig overzicht van het internationale contractenrecht, zij het dat de lezer in het ongewisse wordt gelaren van de selectiecriteria. Hoe ook een andere keuze kan worden gemaakt, wordt duidelijk als men dit *Research handbook* legt naast Dalhuisen’s *International commercial, financial and trade law*.

(Jan Dalhuisen, *International commercial, financial and trade law*, Oxford: Hart, 2000, 878 p.; Andrew Hutchison, Franziska Myburgh (red.), *Research handbook on international commercial contracts*, Cheltenham: Elgar, 2020, 354 p.).

## 6. *Common core*

Ooit, in 1993, waren het twee Italianen – Mauro Bussani en Ugo Mattei – die het onderzoeksproject *Common core of European private law* opzetten. Aanvankelijk in Trento, nadien in Turijn, kwamen civilisten uit heel Europa en daarbuiten bijeen om het werk aan het project te coördineren. Dat werk was geïnspireerd door de ‘twee Rudi’s’: wijlen Rudolf Schlesinger (Cornell) en Rodolfo Sacco (Turijn).

Veertien rechtsstelsels komen in deze studie aan bod, te weten die van Duitsland (Katharina Erler, Martin Schmidt-Kessel), Engeland (Adam Kramer), Finland (Kalle Mäenpää), Frankrijk (Isabelle Rueda), Griekenland (Anastasios Moraitis), Italië (Antonio Las Cases), Kroatië (Ivana Kunda, Emilia Mixçeniç, Vesna Tomljenoviç), Nederland (Jaap Baaij, Nicole Kornet), Polen (Joasia Luzak, Aneta Wiewiorowska-Domagalska), Portugal (Adelaide),

Schotland (David Cabrelli, Laura MacgregorLorna Richardson, Remus Valsan), Spanje (Gema Tomás), Zuid-Afrika (Franziska Myburgh), Zweden

Traditioneel wordt de kern van een *common core* publicatie gevormd door een aantal, in dit geval: 10, *cases*, en door de oplossingen die de besproken rechtsstelsels hiervoor te bieden hebben. In dit boek betreffen de *cases* de jewellers king, botanical fruits, cocktail parties, animal waste, shower valves, call centre, biscuit, crates of beer, crystal vases en the machine.

De conclusie van de redacteuren is ‘*that every legal system strives to reach a compromise between staying true to the intentions of the parties assessing what a reasonable person would understand from the contract drafting and preventing outcomes that are unfair or unjust. Each court draws on the material available to it in order to reach this compromise. Conversely the differences between the jurisdictions pertain to what constitutes a common intention between the contracting parties and reasonableness and what the appropriate methods are by which these could best be ascertained. Here the jurisdictions reveal a variety of conceptual doctrinal and pragmatic similarities and distinctions*’.

Wellicht een idee om bij gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van deze reeks een algemene evaluatie uit te brengen van wat de theorie van de common core heeft opgeleverd.

(C.J.W. Baaij, David Cabrelli, Laura MacGregor, *Interpretation of commercial contracts in European private law*, Cambridge: Intersentia, 2020, 454 p.)

## 7. Corona

Er is inmiddels een hele bibliotheek aan publicaties over de juridische gevolgen van de corona pandemie. Twee wil ik er uit lichten. De eerste is een bundel met nationale rapporten uit 23 landen, bijeengebracht door Bart Krans (Leiden) en Anna Nyland (The Arctic University of Norway). Behandeld worden ‘technological innovations: resilience and resistance, the rules of civil procedure, the role of courts, reorientation: charting a new route for civil justice?’. Dat geschiedt aan de hand van nationale rapporten uit Australië, België, Brazilië, Canada, Denemarken, Duitsland, Finland, Frankrijk, Italië, Japan, Kroatië, Lithouwen, Nederland, Noorwegen, Peru, Polen, Singapore, Slovenië, Taiwan, Uruguay en de Verenigde Staten. De bijdragen schetsen een vaak onthutsend beeld van de attitude van rechters. Zo bericht Wolfgang Hau dat ‘information technology has not triumphed in German procedural law in 2020. Apparently, many judges mostly worked on their files in their home offices and rather preferred to postpone hearings that were not considered extremely urgent than to accept a fundamental change of their procedural routine’. In Nederland daarentegen ‘Due to the pandemic, procedural law was more open to innovation’, aldus Bart Krans.

Een tweede publicatie is het lijvige werk *Corona and the law in Europe* onder redactie van Andrea Nicolussi, Pablo Salvador, Marta Santaos Silva, Christiane Wendehorst, Frydryk Zoll en uw kroniekschrijver. Dit boek bevat een slordige tachtig bijdragen over ‘Covid-19 and fundamental rights, States against the pandemic, Compensation for Covid-19 related damage, Contract law, Consumer law, Labour law and social law en Coronavirus changing Europe’.

(Ewoud Hondius (Utrecht), Marta Santos Silva (Maastricht), Andrea Nicolussi (Milaan), Pablo Salvador Coderch (Barcelona), Christiane Wendehorst (Wenen), Fryderyk Zoll (Krakow) (red.), *Coronavirus and the law in Europe*, Cambridge: Intersentia, 2021, 1151 p.; Bart Krans, Anna Nyland (red.), *Civil courts coping with Covid-19*, Den Haag: Eleven, 2020, \*\*\*).

## 8. Recht uit het noorden

Hoog in het noorden van de Benelux, in de stad Groningen, geven de rechtshistoricus Jan Lokin en zijn team al 37 jaar jaarlijks hun *Groninger Opmerkingen en Mededelingen (GROM)* uit. Onlangs verscheen een nieuwe bundel met zes bijdragen. In 2016 kochten Frankrijk en Nederland gezamenlijk voor € 80 miljoen per stuk de twee portretten Marten en Oopjen van Rembrandt. Is een dergelijke aankoop wel een taak voor de overheid, vraagt Foskea van der Ven zich af. Zij vergelijkt het Nederlandse met het Franse regime. Haar conclusie is helder: ‘Als de overheid zich dan toch enig gezag op het gebied der kunst toemeet en particulier- en openbaar kunstbezit met het oog op het nationale belang wil beschermen, dan geniet de Franse oplossing de voorkeur: streng maar duidelijk’. Zoals altijd is het een aangename taak het relaas van deze auteur te lezen. Mijn favoriete bijdrage van haar hand is die over het verdrag tussen België en Nederland over de grenscorrectie van 2012 in de Maas (Het “Presqu’île de l’Ilal, een Belgisch-Nederlands grensgeval, *GROM* 2016).

Dan plaatst Corjo Jansen ‘enige opmerkingen over de herkomst en betekenis van artikel 1612 Oud Burgerlijk Wetboek (‘Koop breekt geen huur’). Opmerkelijk is de grote mate van onenigheid tussen rechtshistorici over de afkomst en toepassing van deze bepaling, die door Jansen nauwkeurig worden geanalyseerd. Jelle Jansen vraagt aandacht voor het *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* van 1794. Dit wetboek valt op door de overmaat aan wetsartikelen. Jansen illustreert dit aan de hand van de 32 artikelen in het ALR over schatvinding. In het bijzonder wijst hij op de slotartikelen van het ALR over de vondst van een schat op de grens van twee of meer erven. Jansen benadrukt tot slot wat een wonderlijk wetboek het ALR was: ‘Enerzijds wilden de opstellers ervan een zo groot mogelijke invloed op het recht. Zij wilden de invloed van de rechter minimaliseren door voor alle denkbare gevallen gemakkelijk toepasbare regels te geven. Anderzijds liet het ALR het van streek tot streek, van stad tot stad geldende primaire recht onaangetast. Het was immers slechts bedoeld om het subsidiaire *ius commune* te vervangen’.

Lokin schetst leven en werken van zijn Groningse voorganger Wiardus Modderman alsmede van Seerp Gratama, Jacob Herman Philipse, Hendrik Lodewijk Drucker, N.K.F. Land en Pieter Pet. Wanneer we volgens Lokin de loopbaan van deze zes Groningse hoogleraren in ogenschouw nemen, dan zien we in Groningen een weg met meer dalen dan toppen: ‘Wanneer we de loopbaan van de zes hoogleraren in ogenschouw nemen, die vanaf de wettelijke dood in 1809 tot het vertrek van Pet in 1917 het Romeinse recht hebben onderwezen, dan zien we: Gratama was het Romeinse recht niet gunstig gezind en doceerde nog op de 18<sup>e</sup>-eeuwse wijze, Philipse maakte het Romeinsrechtelijke pad zo effen dat er negenendertig jaar geen enkel reliëf te bespeuren was, Modderman liet de studenten verrassende kronkelingen en vergezichten zien, evenals Drucker, die toch iets meer civilist dan romanist was, terwijl Land tussen zijn Romeins-Nederlandsrechtelijke colleges door als volbloed civilist werkte aan zijn Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Pet tenslotte bracht algehele stilstand teweeg’.

Iedereen kent natuurlijk het begrip ‘codificatie’, maar wie wist dat het Jeremy Bentham (1748-1832) was dit woord bedacht? In zijn tweede bijdrage aan deze bundel presenteert Jelle Jansen onder de titel ‘Vorm boven inhoud’ *enige opmerkingen over het codificatiebegrip*. Deze opmerkingen zien vooral op de vraag wanneer al dan niet sprake is van een codificatie. Hij doet dit in het bijzonder aan de hand van de doctrine, waarbij ik alleen het mooie boek van de naamgenoot van de auteur, Nils Jansen, miste.

(C.J.H. Jansen, Enige opmerkingen over de herkomst en betekenis van artikel 1612 Oud Burgerlijk Wetboek, *GROM* 2020, p. 61-76; J.E. Jansen, Grensoverschrijdende schatvinding en het Pruisische landrecht, *GROM* 2020, p. 77-86; J.E. Jansen, Vorm boven inhoud/Enige

opmerkingen over het codificatiebegrip, *GROM* 2020, p. 105-120; Nils Jansen, *The making of legal authority/Non-legislative codifications in historical and comparative perspective*, Oxford: University Press, 2010; J.H.A. Lokin, Wiardus Modderman (1836-1882) en zijn plaats in het Groningse Romeinsrechtelijk onderwijs in de 19<sup>e</sup> eeuw, *GROM* 2020, p. 89-103; F.A.J. van der Ven, 'Een treurende monnik en een adelaar', ofwel enige opmerkingen over de bescherming van cultureel erfgoed naar Frans en Nederlands privaatrecht, *GROM*, p. 3-59).

## 9. *Recht uit de haven*

Voor de dertiende keer heeft de Erasmus Universiteit Rotterdam een bundel masterscripties uitgebracht. In 2007 kwam de bundel voor het eerst uit. De scripties sluiten aan bij een centraal thema, ditmaal 'belang en burgerlijk recht'. In hun openingsbijdrage zetten de drie redacteuren Siewert Lindenbergh, Remke Ruitenbeek-Bart en Ilja Tillema de keuze van dit thema uiteen. Die is om te onderzoeken hoe het burgerlijk recht omgaat met de belangen die achter de regels van het positieve recht verscholen liggen. Richtinggevende vragen waren daarbij welke en wiens belangen een rol spelen, hoe gaat het recht om met de groeiende rol van belangen die minder 'eigen' zijn aan het traditionele privaatrecht, en wat te doen bij botsende belangen?

In hun inleiding presenteren de redacteuren een korte schets van het gebodene. De inhoud bestaat, behalve uit de genoemde inleiding, uit tien opstellen. De twee eerste hiervan zien op historisch onrecht – een thema dat in het bijzonder door de Maastrichtse afscheidsrede van Jaap Spier in de belangstelling is komen te staan. Anne van Keulen onderzoekt het effect van tijdsverloop op de vaststelling van onrechtmatigheid voor het leed van afstandsmoeders uit de jaren vijftig, zestig en zeventig. Dat leed bestond hierin dat moeders werden verplicht hun kind ter adoptie af te staan. Behalve het EVRM wordt in deze bijdrage ook Canadees recht onderzocht. Marijke van Bloemendaal onderzoekt de vraag of de succesfactoren van de Commissie Statuut een plaats kunnen krijgen in het civiele proces bij zaken over historisch onrecht.

Marilou Mol stelt de vraag of een verbod op zwijgbedingen in de zorg een weloverwogen beslissing is: neen, is haar voorzichtige bevinding. De wetgever heeft niet alle belangen op een juiste wijze meegewogen in zijn belangenafweging. Arend Duijnste, de eerste van twee mannelijke scribenten, werpt de vraag op of HR 28 mei, ECLI:NL:HR2019: 793, NJ 2019/179 een doelstreffend overzichtsarrest is. Thomas de Waal geeft aan hoe het Europese recht het schadebegrip van de AVG invult bij verlies van controle over persoonsgegevens. Kyra Hanemaaijer geeft bij zorgplichten van online platforms een overzicht van de consequenties van een verschuivend consumentenbeleid en platformbeeld. Rozemarijn Verhaeren schetst bij de intra-EU-investeringsbescherming de ontwikkeling van een arbitragekader naar een rechtstelsel. Mieke Heeren schrijft over de maatschappelijke effectiviteit van de robotrechter. Denise Meulenberg maakt enige opmerkingen bij de berekening van aardbevingsschade in Groningen. Merel van den Heuvel tenslotte onderzoekt het juridisch kader aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of ouders onrechtmatig hebben gehandeld jegens hun kind door informatie over het kind online te delen.

(Siewert Lindenbergh, Remke Ruitenbeek-Bart, Ilja Tillema (red.), *Belangenrijk burgerlijk recht*, Den Haag: Boom, 2020, 291 p.).

## 10. *De staat van de rechtspraak*

Op vrijdag 13 december 2019 vond te Amsterdam de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging van Procesrecht plaats. Inleiders waren de Haagse cassatie-advocaat Donald de



Knijff, M Kuijer, lid van de Venetië commissie van de Raad van Europa, en Roel Schutgens van de Radboud Universiteit Nijmegen.

In haar Inleiding schetst voorzitter Carla Klaassen het belang van het thema. Zo vinden in Nederland momenteel op basis van de Tijdelijke experimentenwet rechtspleging vele *pilots* plaats. Omstreden is het programma maatschappelijk effectieve rechtspraak: moet de rechter worden gezien als geschilbeslechter of als probleemoplosser? Dan zijn er het *Netherlands Commercial Court* en het *Netherlands Commercial Court of Appeal*. De rechter is steeds vaker politiek betrokken bij de rechtsontwikkeling.

Roel Schutgens verdeelt rechterlijke uitspraken over een viertal kwadranten. M. Kuijer belicht de staat van de rechtspraak vanuit Europees perspectief. De Knijff acht het procesmonopolie rijp voor afschaffing. Hij heeft nog nooit zo'n fraaie en doeltreffende definitie van rechtspraak gevonden als bij Derrida: 'Om rechtvaardig te moeten zijn, moet, bijvoorbeeld, de beslissing van een rechter niet alleen een rechtsregel volgen of een algemene wet, maar moet zij deze aanvaarden, goedkeuren, er de waarde van bevestigen, door een interpretatieve daad die opnieuw sticht – desnoods alsof de wet van tevoren niet bestond, alsof de rechter haar bij ieder geval zelf uitvond'. Een mooie beschouwing over de rechtsstaat vinden we ook in de bijdrage van Stavros Zouridis in *Rechtstreeks* 2021 nr 1.

(D.M. de Knijff, M. Kuijer, R.J.B. Schutgens, *De staat van de rechtspraak*, Den Haag: Boom, 2021, 51 p.; Stavros Zouridis, Een rechter maakt nog geen rechtsstaat/Hoe rechters de institutionele crisis van de rechtsstaat kunnen keren, *Rechtstreeks* 2021 nr 1, p. 14-29;

### 11. Actuele ontwikkelingen in het familierecht

Een van de snelst veranderende rechtsonderdelen is al geruime tijd het personen- en familierecht, aldus UCERF-voorzitter Wendy Schrama in een recente bundel. Een blik op de TPR-kroniek van het Belgisch familierecht illustreert dit. Ook het Nederlandse familierecht maakt veel nieuwe ontwikkelingen door. Dit blijkt uit de publicatie van actuele gebeurtenissen zoals die zijn belicht op het vijftiende UCERF symposium (wat staat voor *Utrecht Centre for European Research into Family Law*). De eerste bijdrage is van de advocaat Thomas Subelack, die ingaat op de vraag wat rechtens geldt als de ene echtgenoot in privé een schenking in geld verkrijgt, die wordt overgeboekt naar de gemeenschappelijke rekening die deel uitmaakt van de huwelijksgemeenschap. Dit is wellicht niet een van de kantelpunten van het familierecht, maar een voorbeeld van een regelmatig voorkomend praktijkprobleem.

Vervolgens bericht de Utrechtse onderzoeker Naema Tahir uit eigen ervaring over het gearrangeerde huwelijk – een boeiend betoog. Léon Verstappen, Thom Geertsema, Wilbert Kolkman en Irene Visser (Groningen) brengen verslag uit van een onderzoek naar het alimentatierecht dat zij uitvoerden in opdracht van het WODC (Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum). Het alimentatierecht geeft volgens de auteurs aanleiding tot discussie. Jaarlijks worden talrijke procedures over partner- en kinderalimentatie gevoerd. In 2020 is een wet over partneralimentatie in werking getreden. Gepoogd is ook de kinderalimentatie te wijzen. Voorts is toegezegd onderzoek te doen naar partneralimentatie voor ongehuwde samenlevers.

Charlotte Mol (Utrecht) bespreekt onder het hoofd 'Kinderparticipatie in Nederland' wat we op dit punt kunnen leren van het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Ian Sumner (Tilburg) tenslotte schetst de belangrijkste uitspraken van het Hof van Justitie van de EU over

het begrip gewone verblijfplaats. Hij ziet een duidelijke tendens in de rechtspraak. Het Hof prefereert het beginsel van rechtszekerheid in het kader van de vaststelling van de gewone verblijfplaats over andere rechtsbeginselen zoals rechtvaardigheid of partijautonomie. Maar ondanks de steeds verder uitgewerkte definitie van het begrip gewone verblijfplaats, zijn er nog steeds probleemgevallen die niet zijn opgelost.

(Jet Tigchelaar (red.), *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, Nijmegen: Ars Aequi, 2021, 93 p.).

### 11. *Promoveren als bijbaan*

In België en Nederland is het gebruikelijk om een proefschrift te schrijven vanuit een aanstelling aan een universiteit. Gebruikelijk maar niet verplicht. Er zijn, zeker in Nederland, tal van juristen die het voltooien van een dissertatie combineren met een voltijdse baan, bijvoorbeeld als advocaat. In een volgende kroniek hoop ik in dit verband de aandacht te vestigen op de Rotterdamse dissertatie *Iura novit curia* en buitenlands recht van de buitenpromovendus Steven Stuij. Dat blijft een hele prestatie. Niettemin: indien een advocaat zich in een bepaalde materie heeft gespecialiseerd, is het niet meer zo'n grote stap om het thema tot een promotie om te vormen. Daar komt bij dat een advocaat in zijn of haar praktijk efficiënt leert werken, wat bij een promotie goed van pas komt. Een aantal Nederlandse buitenpromovendi vond elkaar bij de Academie voor wetgeving. Hun uitwisseling van ervaringen resulteerde in de bundel *Promoveren als bijbaan/Ervaringen van buitenpromovendi*, die onder redactie van Meike Bokhorst (Utrecht) en Pauline Westerman (Groningen) tot stand kwam. Een negental gepromoveerden blikt terug op hun ervaringen met het promotiewerk (er zijn geen ervaringen opgenomen van degenen – die er vermoedelijk ook zijn – die hun promotie niet tot een goed einde hebben gebracht).

Eerst iets over het cv van de negen, dat soms als een avonturenroman leest. Wat bijvoorbeeld te denken van Harmke Brouwer (1974) die harp studeerde aan het Koninklijk Conservatorium Brussel en aan de Universiteit Utrecht afstudeerde in de muzikwetenschap. In Amsterdam studeerde zij privaatrecht en internationale handel en in 2017 promoveerde zij bij Edgar du Perron en Mark Hendriks op een studie over *Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht*. Na afloop van de promotie kreeg zij te maken met een conflict met de belastingdienst over kinderopvangtoeslag, dat pas eindigde toen de Raad van State haar in het gelijk stelde. Mogelijk iets minder kleurrijk – maar niet minder imposant - is de carrière van Peter van Lochem (1949), oud-rector van de Academie voor wetgeving. In 2013 promoveerde hij in Leiden bij Erwin Muller en Wim Voermans op een studie over *Rechtsrelativering/Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*. Deze promotie toont aan dat ook senioren kunnen promoveren.

Wat zijn de bevindingen van de buitenpromoti? Hier volgen enige tips. Deel het promotietraject op in onderdelen om het behapbaar te maken ((Reyer van der Vlies). Houd een 'sabbat' in acht (Meike Bokhorst). Voor momenten van grote somberheid kan het nuttig zijn een exemplaar van een verdedigde dissertatie bij de hand te hebben waarvan je zeker weet dat jij het beter kan (Meike Bokhorst). Neem vanaf het begin twee promotores. Dat voorkomt dat je bij latere terugtrekking van de tweede terug moet naar af, bijvoorbeeld omdat de tweede promotor het alsnog over je vraagstelling wil hebben (Peter van Lochem). Het houden van een proefpromotie is een aanrader (Monique Wesselink). Onderschat niet hoeveel tijd empirisch onderzoek in beslag neemt (Monique Wesselink). Waar de promotor in de medische en psychologische wereld standaard co-auteur is van de geschreven artikelen, is dat in de bestuurskunde of in de rechten volstrekt *not done* (Wouter Jong).

(Meike Bokhorst, Pauline Westerman (red.), *Promoveren als bijbaan/Ervaringen van buitenpromovendi*, Zutphen: Paris, 2020, 160 p.).

*In de volgende kroniek verwacht:*

- Basedow
- Sluiterijd
- Iura curia novit en buitenlands recht
- Vergelijkende studie België/Nederland