

## KRONIEK EUROPEES PRIVAATRECHT 2022-2

### 1. Inleiding

Deze kroniek begint met de signalering van drie feestbundels, één voor de Groningse hoogleraar Jan Jans (nr. 2), één voor de Brits/Australische auteur Peter Cane (nr. 3) en één voor de Duitse schrijver Christian von Bar (nr. 4). Dan volgen twee publicaties uit Oostenrijk: de editie 2020 van het *European Tort Law Yearbook* (nr. 5) en *Mehrstufiger Warenverkehr* van Helmut Koziol (nr. 6). Over duurzaam ondernemen en sustainable transport verschenen preadviezen van de Vereniging - let op de drie e's - Handelsrecht (nr. 7). In Tilburg wordt met het verzamelen van Europese rechtspraak monnikenwerk verricht; twee uitspraken worden hier belicht: één over Haviltexen in België (nr. 8) en één over immuniteit van de Heilige Stoel (nr. 9). Dan: wat weten wij van de financiële handel en wandel van Rembrandt (nr. 10)? We sluiten af met nieuws over productenaansprakelijkheid (nr. 11) en Europees aansprakelijkheidsrecht (nr. 12).

### 2. Grensoverschrijdende rechtsbeoefening

Op 26 september 2021 vierde de Groningse hoogleraar Jan Jans zijn 65<sup>e</sup> verjaardag. Bij die gelegenheid verscheen een vriendenbundel onder de titel *Grensoverschrijdende rechtsbeoefening*. De redactie was in handen van Kars de Graaf (Groningen), Bert Marseille (Groningen), Sacha Prechal (Utrecht), Rob Widdershoven (Utrecht) en Heinrich Winter (Groningen). Van de 37 bijdragen zal ik hier alleen diegene signaleren die op *beginselen* zien. Dat is een benadering waarbij het privaatrecht van het bestuursrecht het nodige kan leren. Over het proportionaliteitsbeginsel schrijft – in navolging van de Amsterdamse oratie van Jans - Roel de Lange (Rotterdam), over *do not harm* bericht Marco Onida (Europese Commissie), over integratie en attributie schrijft Lorenzo Squintani (Groningen).

Behalve op de opstellen over beginselen wijs ik op de bijdragen over ‘Climate change litigation in Europe’ door Luc Lavrysen en Farah Bouquelle (Gent) – een thema dat ook elders in deze kroniek aandacht krijgt - , over grensoverschrijdende rechtspraak door Herman van Harten (Rechtbank Den Haag), over grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking van Niels Koeman (Amsterdam) en tenslotte over de lessen die zijn te trekken uit de kinderopvangtoeslagenaffaire en de problemen bij uitvoeringsorganisaties, door wijlen Alex Brenninkmeijer (Utrecht).

(Kars de Graaf *et al.* (red.), *Grensoverschrijdende rechtsbeoefening/Liber amicorum Jan Jans*, Zutphen: Paris, 2021, 336 p.).

### 3. Taking law seriously

Een van de meest gezaghebbende auteurs in de *common law* is Peter Cane. Bekend zijn zijn beschouwingen over de discussie tussen Hart en Fuller, over administratieve rechters en over onrechtmatige daad. Bij gelegenheid van zijn 65<sup>e</sup> verjaardag ontving Cane onlangs een *liber amicorum* bezorgd door James Goudkamp, Mark Lunney en Leighton McDonald, met de mooie titel – vrij naar Dworkin - *Taking law seriously*. De bundel telt veertien bijdragen ingedeeld in vier delen. Ik noem ze slechts en kom niet tot een bespreking.

---

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

Deel 1 ziet op *Private law*. Christine Beuermann (Newcastle, Aus.) schrijft hierin over ‘*Tort law beyond the forms of action: achieving the goal of the anatomy of tort law*’, James Goudkamp (Oxford) over *Elements of torts*, Sandy Steel (Oxford) over *Culpability and compensation*, Stephen Sugarman (Berkeley) over *Peter Cane on Culpability torts*.

Deel 2 gaat over *Public law* en telt drie opstellen. TRS Allan (Cambridge) bericht over *Constitutional rights, moral judgement, and the rule of law*. Janet McLean (Auckland) analyseert *Participation and the duty to consult* en Jerry Mashaw (Yale) *Controlling administration, the rise of unilateral executive power in the United States*.

Deel 3 over *Intersections* bevat drie opstellen: van Carol Harlow (Londen), *Administrative compensation: bypass or dead end?*; Donal Nolan (Oxford), *Tort and regulation*; en Jenny Steele (York), *Regulating relationships: the regulatory potential of tort law revisited*.

Deel 4 *Legal scholarship* bevat vier bijdragen: van Leighton McDonald (Canberra), *Thinking about doctrine in administrative law*; Elizabeth Fisher (Oxford), *Administrative tribunals: an essay about the legal imagination of administrative law scholars*; Mark Lunney (London), *Cane as law reformer: Götterdämmerung or House of Cards?*; en Anthony Connolly (Australian National University), *Philosophical and judicial thinking about moral concepts: Cane’s critique of philosophical method 20 years on*.

De bundel wordt afgesloten met een lijst van Cane’s belangrijkste publicaties.

(James Goudkamp, Mark Lunney en Leighton McDonald (red.), *Taking law seriously/Essays in hon our of Peter Cane*, Oxford: Hart, 2022, 392 p.).

#### 4. *Festschrift Von Bar*

Eerder dit jaar vierde de Duitse civilist Christian von Bar zijn zeventigste verjaardag. Zoals te doen gebruikelijk werd hem bij deze gelegenheid een feestbundel aangeboden. Die bundel komt hem zeker toe. Von Bar wordt in Duitsland beschouwd als een juridisch wonderkind. Op zijn 24<sup>e</sup> promoveerde hij, op zijn 27<sup>e</sup> verdedigde hij zijn *Habilitationsschrift* – een Duits superproefschrift - en op zijn 29<sup>e</sup> was hij hoogleraar, in Osnabrück en niet in München dat hem vergeefs een *Ruf* had doen toekomen. Osnabrück is voor Von Bar steeds zijn uitgangspunt gebleven van waar hij zijn vele grote projecten redigeerde, zoals het *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, *Gemeineuropäisches Sachenrecht* en de *Study group on a European Civil Code*.

Het *Festschrift* telt 41 bijdragen, de meeste in het Duits, maar ook wel in het Engels – en zelfs één in het Frans. Het eerste opstel dat voor de lezer van deze kroniek relevant lijkt, is dat van Hugh Beale (Warwick) die de vraag opwerpt: ‘A new version of the Principles of European Contract Law?’. Zijn conclusie: ‘*there is a case for a new version of the PECL, both to act as a guide to legislators and to provide a more effective “translation tool”*’. Of course, the same arguments may be made for other books of the DCFR – for example, other nations may wish to follow France in modernising their laws of tort (...).’ Eveneens een meer algemene strekking hebben de bijdragen van Gerhard Dannemann (Berlijn) over ‘Drafting style and drafting technique in European private law’, Bénédicte Fauvarque-Cosson (Parijs) die ooit de reis naar Utrecht maakte om de aanbieding van de *Lando Principles* aldaar bij te wonen en ons thans vergast op ‘Regards d’une Française sur le projet de cadre commun de référence’, Hector MacQueen (Edinburgh) over ‘Illegality and unjustified enrichment’, Denis Philippe (Louvain) over art. 79 CISG, Lena Sisula-Tulokas (Helsinki) over ‘sales law and the climate considerations’ en Dirk Staudenmayer (Brussel) over ‘Daten als Gegenleistung im

Europäischen Vertragsrecht'. Verica Trstenjak oud-AG bij het Europese hof, wijst op de invloed van het *Draft common frame of reference* op de jurisprudentie van dat hof.

(Helmut Grothe, Peter Mankowski (overleden) + en Frederick Rieländer (red.), *Europäisches und Internationales Privatrecht/Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 2022, 477 p.).

### 5. *European Tort Law 2020*

Waar bevindt zich het middelpunt van het Europees aansprakelijkheidsrecht? In Berlijn, Oxford of Parijs? Allemaal mis. Het centrum van het aansprakelijkheidsrecht bevindt zich in Wenen. Daar is het *European Centre of Tort and Insurance Law* gevestigd, dat sinds 2000 jaarlijks het *European Tort Law Yearbook* publiceert. In 2020 gebeurde dat onder redactie van Ernst Karner en Barbara Steininger. De bundel bevat hoofdzakelijk nationale rapporten die zien op de Europese lidstaten alsmede op Engeland & Wales, Schotland, Zwitserland, de Europese Unie en Israël. Voorts zijn rechtsvergelijkende kanttekeningen van de hand van Walter Doralt opgenomen.

De Belgische en Nederlandse rapporteurs waren Isabelle Durant (UCL) en Emanuel van Dongen en Anne Keirse (Utrecht); Luxemburg ontbreekt in het overzicht. De nationale rapporten zijn alle onderverdeeld in wetgeving, jurisprudentie en literatuur. Om een idee te geven vermeld ik de ontwikkelingen volgens Durant en Van Dongen & Keirse. Durant besteedt allereerst aandacht aan het nieuwe Belgische BW, dan aan 'abnormal neighbourhood disturbances' en vervolgens aan enige rechtspraak en de nodige literatuur. Het onderdeel Nederland begint met een schets van de ontwikkelingen in het Groningenveld, dan volgen de afwikkeling van massaschade, productenaansprakelijkheid en borstimplantaten. Van de vele publicaties noem ik de Utrechtse dissertatie van Kirsten Maes over secundaire aansprakelijkheid en de dissertatie over het aanbieden van excuses in de civiele procedure van Lianne Wijntjens. Het boek wordt afgesloten met vergelijkende opmerkingen van Walter Doralt. Een heerlijk boek om door te bladeren.

(Ernst Karner, Barbara Steininger (red.), *European Tort Law 2020*, Berlijn: De Gruyter, 2021, 778 p.; Lianne Wijntjens, *Het aanbieden van excuses in civile procedures en medische tuchtprocedure*, diss. Tilburg 2021).

### 6. *Mehrstufiger Warenverkehr*

Een van de meest *prolific* auteurs in Oostenrijk is Helmut Koziol. In een juridische boekenkast nemen zijn publicaties gauw de helft van de plank Oostenrijk in beslag. Een van zijn jongste publicaties ziet op *Mehrstufiger Warenverkehr*. Samenvattend stelt Koziol 'dass es auf der Basis des geltenden Rechts schon sehr weitgehend gelingt, die Verschlechterung der Position des Kunden und das Leerlaufen von Pflichten des Erzeugers durch die Einschaltung eines Händlers in die Veräusserungskette zu vermeiden' (Helmut Koziol, *Mehrstufiger Warenverkehr/Spezifische Probleme bei Vertragsketten*, Wenen: Sramek, 2021, 317 p.).

### 7. *Duurzaam ondernemen. Aan de bundel*

Het is inmiddels al weer zo'n honderd jaar geleden dat de Vereniging voor Handelsrecht werd opgericht. Vorig jaar kwam de vereniging bijeen om onder aanvoering van Hans De Wulff over duurzaam ondernemen te beraadslagen. Aan de bundel is meegewerkt door H. De Wulf, M.W. Scheltema, G.G. Hesens, J.A. Langezaal, H.A. Walkate, J.J. de Kluiver, M.A.W. van Maanen en J.A. Kruit. Duurzaamheid wordt veelal verbonden met drie specifieke

aandachtspunten: Environment, mens en maatschappij en governance. Deel I van de bundel bevat een viertal preadviezen die analyseren hoe duurzaam ondernemen en de incorporatie van ESG-doelstellingen in ondernemingsbeleid naderbij gebracht kunnen worden. Het geeft niet slechts een overzicht van de veelheid van juridische initiatieven en regelingen ter zake, maar stelt ook kritische vragen vanuit diverse perspectieven. Die perspectieven omvatten de wetenschap en de wetgever (zie de preadviezen van De Wulf en Scheltema) en het perspectief van een belegger (zie het preadvies van Walkate) en het perspectief van ondernemingen die met de vele bestaande en nog te verwachten duurzaamheidsinitiatieven worden geconfronteerd (waarover het preadvies van Hesen en Langezaal).

Deel II van deze bundel bevat het preadvies van Van Maanen en Kruit en richt zich op de vraag hoe duurzaam transport naderbij kan worden gebracht. Waar de discussie over de vraag naar duurzaam ondernemen reeds heeft geleid tot veel publicaties, is dat op het terrein van het algemene handelsverkeer, en met name het transport, veel minder het geval. Het preadvies van Van Maanen en Kruit levert daarmee een bijdrage aan het debat over *sustainable transport*. Het belicht niet slechts de veelheid van relevante regelingen, aspecten en uitdagingen in de transportsector maar ontwikkelt ook een visie op de mogelijke aanpak van de grote uitdagingen op dat terrein.

(H. De Wulf *et al.* (red.), *Duurzaam ondernemen en Sustainable transport*, Zutphen: Paris, 2021, 287 p.).

#### 8. Rechtspraak uit Tilburg: Haviltexen in België

Deze kroniek bevat af en toe enige casuïstiek afkomstig van nationale gerechtshoven. Die ontleen ik veelal aan de nieuwsbrief die een drietal Tilburgse juristen - Nadine Groeneveld-Tijssens, Marloes Hofland en Bert van Schaick eens in de twee maanden het licht doet zien. Van de voorlaatste collectie noem ik er twee.

In Hof van Cassatie 23 september 2021, C.20.0162.N ([https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210923.1N.5\\_NL.pdf](https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210923.1N.5_NL.pdf)), is de vraag aan de orde of het Hof van Beroep te Antwerpen een verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden van een Nederlands echtpaar juist heeft uitgelegd. Het Hof van Cassatie past het Nederlandse recht toe, en wel de Haviltex-maatstaf: “Naar Nederlands recht wordt de uitleg van overeenkomsten mede beheerst door het Haviltex-arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 13 maart 1981 (ECLI:NL:HR:1981:AG4158). Krachtens dit precedent moet de vraag hoe in een schriftelijke overeenkomst de verhouding van de contractspartijen is geregeld niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de contractsbepalingen, maar veeleer op grond van de zin die de contractspartijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de contractsbepalingen mochten toekennen en op grond van wat de contractspartijen redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De Haviltex-rechtspraak geldt ook voor huwelijksovereenkomsten, zoals mede blijkt uit arresten van de Hoge Raad der Nederlanden van 28 november 2003, (ECLI:NL:HR:2003:AK3697, r.o. 3.3) en 6 oktober 2006, (ECLI:NL:HR:2006:AX8847, r.o. 3.4) (...).” Volgens het Hof van Cassatie is de uitleg van het Hof van Beroep in cassatie niet aantastbaar.

#### 9. Rechtspraak uit Tilburg: immuniteit van de Heilige Stoel.

Voor de rechtbank te Gent vorderen 39 eisers dat (onder meer) de Heilige Stoel wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die ze hebben geleden ten gevolge van seksueel

misbruik door priesters, op de grond dat de Heilige Stoel medeverantwoordelijkheid draagt voor het doodzwijgen van de problematiek van het seksueel misbruik. De rechtbank en het Hof van Beroep oordelen dat de Belgische rechter ten aanzien van de Heilige Stoel geen bevoegdheid heeft, omdat de Heilige Stoel immuniteit van jurisdictie geniet, die wordt ontleend aan het internationale gewoonterecht en is gecodificeerd in art. 5 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen en art. 15 van de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van staten. Na een negatief cassatieadvies wenden de eisers zich tot het EHRM. Maar het EHRM beslist op 12 oktober 2021, no. 11625/17 (C./België) (<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-212635>) dat de afwijzing door de Belgische rechtbanken van hun bevoegdheid om kennis te nemen van de door de eiseres tegen de Heilige Stoel ingestelde vordering niet afwijkt van de algemeen erkende beginselen van internationaal recht op het gebied van de immuniteit van staten en dat de beperking van het recht op toegang tot de rechter daarom niet kan worden beschouwd als onevenredig ten opzichte van de legitieme doelstellingen die met de immuniteit worden nagestreefd.

### *10. De financiële wereld van Rembrandt*

Wie Wessels zegt, zegt insolventie. Na zijn emeritaat is de Leidse emeritus Bob Wessels zich voltijds gaan toeleggen op dit fascinerende vakgebied. Of liever: bijna voltijds, want Wessels vond ook nog ruimte voor een schets van de juridische en financiële handel en wandel van deze grootste schilder (1606-1669) van de lage landen. Aan de achtergrondinformatie ontleen ik het volgende: ‘This topic has rarely been the subject of systematic legal-historical research. The author is the first to investigate the financial and legal aspects of Rembrandt’s life, including the many legal disputes and conflicts which have occurred or have surrounded him during the larger part of over forty years of his private and professional life. These concern his private life as well as his work as an artist – from a young master in Leiden in the mid-1620s, to a celebrated entrepreneur in the third and fourth decades of 17th century Amsterdam, culminating in financial distress in the latter part of his life. Along the way, the book also sheds light on the socio-economic, cultural and historical context of the period covered and the environments (citizenry of Amsterdam, complex religious circles, business network) Rembrandt interacted with. The reader will reach a deeper understanding of the local and social Amsterdam history and a part of its local legal system. (...). This book fills a lacuna and adds to the growing interest in the better understanding the financial and legal aspects of Rembrandt’s life, including its wider background of art, society, trade and commerce in 17<sup>th</sup> century Dutch Golden Age. The book will firstly appeal to legal and financial professionals interested in ‘Rembrandt and the Dutch Golden Age’. Secondly, it’s of interest to anyone who, in addition to Rembrandt’s artistic work, wants to reach a deeper understanding of the business side of Rembrandt’s profession. Lastly, the publication will also appeal to enthusiasts and collectors who are interested in Rembrandt himself, including art historians’.

(Bob Wessels, Rembrandt’s Money, *The legal and financial life of an artist-entrepreneur in 17th century Holland*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, 492 p.).

### *11. Beginselen voor productenaansprakelijkheid*

Een van de alleroudste richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht is die inzake productenaansprakelijkheid. De richtlijn heeft haar nut bewezen, maar begint ook wel enige ouderdomskwalen te vertonen. Daar moet wat aan worden gedaan en dat geschiedt momenteel. Zowel de Europese Commissie als de European Law Commission (ELI) zijn

bezig met vernieuwing. Hier zal ik alleen de tien voorstellen van de ELI, opgesteld door Christian Twigg-Flesner (Warwick) voorleggen.

1. A simple mechanism for seeking compensation should be available to a person who has suffered harm caused by a defective product
2. A product liability system for the digital era must ensure an appropriate balance between protecting individuals and fostering innovation and utilisation of digital technology.
3. The PLD must be aligned with measures in related areas of law, as well as with non-legal measures such as insurance or compensation schemes
4. The definition of ‘product’ in the PLD should be updated to cover (i) the combination of goods with digital elements and (ii) digital content and digital services supplied as ‘digital products’.
5. The category of persons liable towards an individual (the notion of ‘producer’) should be revised to reflect the different actors involved.
6. The notion of ‘defect’ which triggers the producer’s liability should be reconsidered to reflect the particular features of digital products and digital elements
7. Revisions of the notion of ‘damage’ could be considered to include damage to digital elements and data.
8. The burden of proof should be adjusted to reflect the complexity of goods with digital elements and of digital products.
9. The defences available to a producer need to reflect the impact of digitalisation on products
10. A system for allocating the financial consequences of a successful claim by an individual to the party responsible for that loss should be an integral part of a revised product liability system.

#### *12. Beïnvloeding van het aansprakelijkheidsrecht door Europa*

Zo’n 25 jaar gelede voerden de toen in Nederland populaire cabaretiers Koot en Bie een sketch op over *Euronormering*. Het is naar deze sketch dat Kasper Jansen verwijst in zijn Rotterdamse inaugurele rede. Voor Jansen is dit de culminatie van een carrière als een stoomwals: Leids docent, Haags cassatie-advocaat, wetenschappelijk medewerker bij de Hoge Raad en nu dus hoogleraar in Rotterdam. De rede handelt over de vraag hoe Europa ons aansprakelijkheidsrecht beïnvloedt. Drie tendensen komen aan de orde: regulering, vermaatschappelijking en sanctionering. Het is vooral de sanctionering die onder invloed van Europa is gerijpt. Niet alleen het unierecht heeft hierbij een rol gespeeld, zoals de Mobeiltjes-rechtspraak illustreert, maar ook art. 13 EVRM. Een interessante sanctioneringsvraag die op dit moment bij het Europese Hof voorligt, betreft de uitleg van het schadebegrip in art. 82 van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Een rode draad in het betoog van Jansen is het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht. Europa leidt tot publieke tendensen in het aansprakelijkheidsrecht, Jansen oordeelt hier positief over.

(K.J.O. Jansen, *Stroomwals en wegbreider, rede Erasmus Universiteit*, Den Haag: Boom, 2021, 38 p.).