

Boeksignaleringen

W.H. van Boom

Verschenen in: NTBR 2021/9, p. 261-267

[261]

Ten geleide

Dit is de tweede aflevering van de rubriek boeksignaleringen. Ik nodig de lezer uit om boeken onder de aandacht te brengen die signalering verdienen. Mocht ik ten onrechte een boek niet hebben besproken, dan hoor ik het natuurlijk ook graag.

Algemeen

Catrien Bijleveld et al. (red.), Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies, Den Haag: Boom juridisch 2020

De kloeke *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies* onder redactie van Catrien Bijleveld c.s. beoogt 25 jaar empirisch-juridisch onderzoek in Nederland in kaart te brengen (waar die 25 jaar als referentiepunt vandaan komt, is mij trouwens niet duidelijk). De overzichtsliteratuur over empirisch juridisch onderzoek is de laatste jaren als een paddenstoel uit de grond geschoten en dit is een mooi overzicht van die overzichten. De bijdragen zijn veelal geschreven door juristen en sociaalwetenschappers die werken aan een rechtenfaculteit. In de inleidende bijdrage van Monika Smit c.s. worden de aanleiding, opzet en indeling besproken. Geconstateerd wordt dat de bijdragen heterogeniteit van onderzoekstradities laten zien, maar ook verschil in de mate waarin de materie wordt geproblematiseerd en getheoretiseerd. Dat is m.i. geruststellend, omdat als ELS ergens voor moet staan dan is het methodenpluralisme. De redactie van de Encyclopedie wijst op het ontbreken van het goederenrecht als thema. Gelukkig is er in 2013 daarover al een prachtige bijdrage verschenen in *Capita Civilologie* en sindsdien is er een aantal jonge sterren aan het firmament verschenen die het ELS-pad ongetwijfeld zullen vervolgen.

De civielrechtelijk relevante bijdragen tonen een empirische staalkaart van personenschaderecht (Van Dijck en Festjens), familierecht (Antokolskaia en Schrama), procesrecht (Giesen), mediation (Simon Thomas), tuchtrecht (Herregodts) en misdrijschade (Hebly en Lindenbergh). De bijdrage van Devilee c.s. over ondernemingsrecht geeft onder meer inzicht in de empirische literatuur over bange bestuurders (dat schijnt nogal mee te vallen). De bijdrage van De Jager en Pavillon laten empirisch onderzoek over informatieverplichtingen in het consumentenrecht de revue passeren. De bijdrage van Hermans over collectief herstel laat goed zien dat er nauwelijks goed empirisch onderzoek is gedaan naar massaschadeafwikkeling in ons land. Hermans bepleit dus vooral dat dit in de toekomst wél wordt gedaan. Ik vond het empirische inkijkje in het beroepenveld van het notariaat (Verstappen) overigens ook de moeite waard.¹

¹ Terzijde: er valt nog veel te oogsten waar het gaat om empirisch onderzoek rondom notariaatsvraagstukken. Zie voor een voorbeeld van dergelijk onderzoek bijv. ook B. Breederveld et al., *Naar een efficiëntere rechtsbedeling – Pilot verdelings- en verrekeningsvragen (Ars Notariatus 172)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

S.D. Lindenbergh, F.M. Ruitenbeek-Bart, I. Tillema (red.), Belangenrijk burgerlijk recht, Den Haag: Boom juridisch 2020

In de Rotterdamse serie *Jonge Meesters* verscheen dit deel *Belangenrijk burgerlijk recht*. De formule is bekend: getalenteerde masterstudenten schrijven rondom een thema hun afstudeerscriptie in de vorm van een artikel. De onderliggende belangen van burgers zijn de drijfveer voor de ontwikkeling van het burgerlijk recht, dat is de centrale gedachte die de bijdragen gemeen hebben. Onderzocht wordt steeds hoe het recht omgaat of moet omgaan met die onderliggende belangen, de botsing ervan en de ontmoeting met buitenburgerlijke belangen. Tien studenten in tien diverse bijdragen. Van Keulen onderzoekt overheidsaansprakelijkheid tegenover 'afstandmoeders', ongehuwde jonge moeders die werden aangemoedigd hun kind af te staan. Van Bloemendaal bespreekt de erkenningsbehoefte rondom historisch onrecht. Mol bespreekt de belangen die betrokken zijn bij zwijgcontracten in de zorg (soms zijn die ook in belang van de zwijgplichtige!) en bekritiseert het voorgenomen verbod daarop. Duynstee behandelt de ontvankelijkheid van schadevergoedingsclaims van slachtoffers in strafprocedures. De Waal onderzoekt of het Nederlandse schadebegrip goed past bij aansprakelijkheid voor schending van de AVG. Hanemaaijer bespreekt de toenemende mate van zorg die online platforms in acht moeten nemen om misleiding van consumenten te voorkomen. Verhaeren bespreekt de schurende relatie tussen EU-recht en investeringsarbitrage. Heeren bekijkt of robotrechtspraak wel strookt met de behoefte van mensen om serieus genomen te worden als rechtzoekende. Meulenberg onderzoekt of 'machine learning' kan bijdragen aan nauwkeuriger berekening van Groningse woningwaardedalingsschade (het antwoord luidt, als ik het goed weergeef, misschien wel, maar AI is vaak niet erg navolgbaar en dus moeilijk controleerbaar, en dat is toch ook een 'belang'). Van den Heuvel onderzoekt ten slotte een zeer actueel onderwerp, namelijk 'sharenting'. Dat is het delen door ouders van foto's en andere informatie over hun (kleine) kinderen. Het internet vergeet niets en ouders zouden hun kinderen daartegen in bescherming moeten nemen, zou ik menen. Dus een belang(en)rijk onderwerp, dat de auteur behandelt vanuit het aansprakelijkheidsrechtelijke perspectief. Slotsom: wederom een jongmeesterlijke Rotterdamse bundel.

[262]

B. Akkermans, G. van Dijck (eds.), Sustainability and Private Law, Den Haag: Eleven International Publishing 2020

In deze bundel zijn bijdragen opgenomen rondom het thema duurzaamheid en privaatrecht. De vraag die centraal staat is of en hoe privaatrecht kan bijdragen aan duurzaamheid (een begrip dat overigens niet wordt afgebakend in het boek). Na twee algemene bijdragen (Hage, Parise), volgen hoofdstukken over de bijdrage die het goederenrecht kan leveren, het aansprakelijkheidsrecht en het ondernemingsrecht. De redacteurs eindigen met een concluderend hoofdstuk. Zij zien een trend die inhoudt dat meer verantwoordelijkheden op bijvoorbeeld eigenaren zijn komen te rusten om hun eigendommen in dienst te stellen van duurzaamheid; het eigendomsrecht verandert van een recht in een sociale verantwoordelijkheid (zie de bijdragen van Parise, Akkermans) en daarmee verschuift soms ook de taak van privaat- naar publiekrecht (zie Robbie). De functie van het aansprakelijkheidsrecht komt aan de orde in de bijdrage van Faure & Shen en die van Van Dijck. Eerstgenoemden gaan vooral in op de vraag of het wel zo voor de hand ligt dat voor het aansprakelijkheidsrecht wordt gekozen als instrument bij het nastreven van duurzaamheid (misschien zijn andere maatregelen efficiënter?). De laatstgenoemde bespreekt het Urgenda-arrest. Er is ook een bijdrage van Bull over kort gezegd optionele instrumenten in het privaatrecht als manier om te 'shoppen' naar duurzame jurisdicties. Het boek bevat kortom interessante bijdragen, maar sommige stellingnames in het boek lijken mij wensdenken; ik zie in elk geval geen

paradigmatische verschuiving van het eigendomsbegrip in het privaatrecht. Dat er relatief nieuwe fenomenen zijn zoals een deeleconomie, platformisering en contractualisering, die een ander licht op eigendom werpen in maatschappelijke zin, doen volgens mij niet af aan het belang van het juridische construct eigendom. En zolang woningnood groot is en huizenprijzen blijven stijgen, zie ik vooral bevestiging van de oude wetten van schaarste, waarbinnen eigendom een kernrol speelt.

I. Giesen, Rechtsvorming in het privaatrecht (Mon. BW A3), Deventer: Kluwer 2020

Dit boekje behandelt de vraag hoe de civiele rechter privaatrechtelijke normen toepast, hoe vrij hij daarbij is en hoe hij daarbij te werk gaat. Het gaat dus over rechtsvinding en -vorming, maar omdat Giesen ook voortbouwt op zijn eerdere werk over beginselen van procesrecht (Asser Procesrecht/Giesen), is er ook aandacht voor processuele aspecten van rechtsvinding. Na een inleidende verkenning volgt een hoofdstuk over de 'dialog' tussen wet, rechter en private actoren (hfdst. 2). Dan volgt een uiteenzetting van de interpretatiemethoden bij het toepassen van wetgeving, waarbij niet alleen aandacht is voor de klassiekers maar ook voor interpretatiemethoden langs de route van de belangenafweging, de vergelijkingsmethode en de multidisciplinaire uitleg (hfdst. 3). Het hoofdstuk 'Kiezen en motiveren' gaat over de wijzen van motiveren in met name de rechtspraak van de Hoge Raad, en de psychologische valkuilen die (ook) bij rechterlijke besluitvorming op de loer liggen (hfdst. 4). Vervolgens exploreert Giesen de rechtsvindingsvraagstukken in het procesrecht, in het EU-recht en het EVRM-recht (hfdst. 5). In het laatste hoofdstuk geeft Giesen een beschouwing en geeft hij in hoofdlijnen aan wat er volgens hem te verwachten valt in de nabije toekomst. De beschouwing voert hem onder meer langs de veranderende rol (?) van de Hoge Raad, die zou bewuster omgaan met rechtsvorming in ruimere zin en zich minder door toeval van het voorgelegde geval laten leiden. Daar waar de Hoge Raad iets 'vooropstelt' of juist een 'obiter' gebruikt, of waar een prejudiciële vraag uitnodigt om vol op het orgel te gaan, gebeurt inderdaad geregeld iets bijzonders. Giesen juicht dat toe; gerichtheid op de kernvragen is belangrijker dan gerichtheid op de cassatiemiddelen (p. 103). Hou die gedachte vast, zou ik zeggen, want als ik de rechtspraak van de Hoge Raad in grote lijnen zie, zie ik een Hoge Raad die vaak helemaal geen stappen zet, soms kleine stappen zet en héél soms een enorme stap (vooruit, achteruit of zijwaarts). Met name als de wettekst koersloos, kleurloos of verkleurd is geraakt door de tijd, wordt de ruimte die de rechter zich permitteert, groter.

Het boekje van Giesen kan goede dienst bewijzen in het onderwijs (m.n. hfdst. 3 en 4), voor beginnende onderzoekers die een mooi onderzoeksthema zoeken (m.n. hfdst. 6) en in het algemeen voor iedereen die na Wiarda's *Drie Typen* toe zijn aan een *upgrade* van hun begrip van het rechtsvindingsdebat.

Accompli – Liber Amicorum M.E. Koppenol-Laforce, Den Haag: Boom juridisch 2021

In deze vriendenbundel voor Mariëlle Koppenol ter gelegenheid van haar afscheid van de advocatuur zijn ruim dertig opstellen opgenomen, waarbij de nadruk ligt op onderwerpen die verband houden met de internationale arbitragepraktijk waar in haar praktijk ook de nadruk lag. Zo zijn bijdragen opgenomen rondom IPR en arbitragerecht, maar komen ook onderwerpen als corrupte arbiters, vernietiging van arbitrale vonnissen en niet-bestaande procespartijen aan de orde. Voor het vermogensrecht is interessant de bijdrage Van Koppenol (niet de jubilaris maar François Koppenol) die aan de hand van een aantal voorbeelden, variërend van uitleg van rechtshandeling tot de trust en *Quint/te Poel*, laat zien dat het goederenrecht minder statisch en gesloten is dan wel

wordt verondersteld. Van Wijk roept in haar bijdrage de vraag op of toepassing van de Claimcode op claimstichtingen ook *ex tunc* kan en moet geschieden, om te voorkomen dat op het moment dat de WAMCA-vordering wordt ingesteld wel maar daarvoor mogelijk niet was voldaan aan de vereisten uit de Claimcode. Het antwoord van Van Wijk is ja het kan en ja het moet.

Vermogensrecht algemeen

P.C. van Es, Vruchtgebruik (Mon. BW B10), Deventer: Wolters Kluwer 2020

Dit is de tweede druk van de monografie uit 1990 van Wim Kleijn, maar eigenlijk is sprake van een nieuwe eerste druk. [263] Het is een doorwrochte monografie, met veel verwijzingen naar erfrecht, fiscaal recht, vreemd recht én Europees privaatrecht. Het boek behandelt tal van specifieke deelvragen en -vraagjes en getuigt zonder meer van beheersing van het vermogensrecht in ruime zin. De verwijzingen naar oud recht (tot de Romeinen aan toe) vond ik af en toe iets te veel van het goede, vooral omdat veel van de eigenaardigheden onder het recht – zoals het onderscheid tussen vruchten die de aarde uit haar zelve voortbrengt en vruchten door bebouwing – geen betekenis meer hebben en eigenlijk onder het oude recht misschien ook allang niet meer. Eindoordeel: een goed doctrinair handboek. In het bijzonder vond ik de delen over vervreemding, bezwaring en vertering (en de subtiele verschillen daartussen) erg sterk, net als het hoofdstuk over substitutie. Verzoekje dezerzijds voor de derde druk: nog iets meer over vruchtgebruik op het aandeel in de (enkelvoudige) gemeenschap.

G.J.L. Bergervoet, A.M.M. Hendriks, S. Klinkhamer, Persoonlijke zekerheden, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021

Dit boekje in de Cahier serie draagt op de voorzijde stoer de tekst 'Eerste druk', dus de auteurs hebben er zin in. En terecht, want het boekje voorziet in een behoefte denk ik. Het boek vangt aan met een afbakening van het onderwerp en een 'anatomie' van persoonlijke zekerheidsrechten, waarbij begrippen als zelfstandigheid, abstractie en onderliggende rechtsverhouding worden geïntroduceerd. Aan de orde komen vervolgens contractuele hoofdelijkheid, borgtocht, bankgarantie en 'varia' zoals de 403-verklaring. De onderlinge verhaalsverhoudingen worden apart behandeld. Er is veel aandacht voor grondslagen van regres, zoals de contractuele regresverhouding in het kader van het overwaardearrangement. Het boek besluit met de regeling van omslag. Die tweede druk komt er wel, denk ik.

R. de Graaff, Concurrence in European Private Law (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2020

Dit compact geschreven proefschrift betreft vragen van samenloop in de meerlagige privaatrechtelijke rechtsorde. Concreet gaat het over de invloed van EU-recht op *claims*, *powers* en *defences* die men kan hebben naar nationaal recht en op welke manier met de samenloop moet worden omgegaan. Denk aan de samenloop van rechtstreeks werkende bepalingen uit een verordening die aan een passagier het recht (claim) geeft op een vervangend vervoer ingeval van vertraging met een mogelijke vordering naar nationaal privaatrecht. Heeft men dan een keuzerecht, keuzeplicht of gaat de ene regeling boven de andere? Deze vragen zijn rechtsvindingsvragen naar Europees én nationaal privaatrecht, en om die te beantwoorden gaat De Graaff uitgebreid in op het

leerstuk van samenloop in het Europese Unierecht, zowel primaire als secundaire EU-recht. Daarmee is het boek niet alleen van waarde voor de beoefening van het privaatrecht maar volgens mij ook voor het EU-recht. De conclusie van het boek is dat regels zoveel mogelijk tot hun recht moeten komen en daarom in beginsel de vrijheid bestaat om een of meer regels tegelijk aan te roepen. Alleen als gelijktijdige toepassing tot logisch of praktisch onaanvaardbare resultaten zou leiden, dan moet men kiezen. En als exclusieve werking beoogd is, valt er niets te kiezen.

S. Tamboer, De klachtplicht bij koop, diss. UvA 2021

De ondertitel van dit fraaie proefschrift luidt: 'Een pleidooi voor inperking van het toepassingsbereik in het licht van het pacta sunt servanda-beginsel.' Die laat weinig te raden over, zou je denken. Maar het boek is meer dan een pleidooi. Het boek heeft een rechtsvergelijkende insteek gekozen: de klachtplicht naar Duits verbintenissen- en handelsrecht en de klachtplicht in het Weens Koopverdrag worden uitgebreid besproken. Daarna gaat Tamboer in op de ontstaansgeschiedenis en ratio van de klachtplicht van de koper in ons eigen recht en worden toepassing en toepassingsbereik van art. 7:23 en 6:89 BW behandeld; daarbij is er ook aandacht voor de processuele aspecten en de verjaringsregels. In het laatste hoofdstuk komt het pleidooi aan de orde. Tamboer ziet de sanctionering op verzaking van de klachtplicht als een uitzondering op het beginsel dat contracten verbinden tot de beloofde prestatie; die uitzondering wordt volgens haar niet goed beargumenteerd in de totstandkomingsgeschiedenis van het BW. Zij analyseert de herkomst van de regeling als vooral handelsrechtelijk van oorsprong, terwijl het toepassingsbereik daar inmiddels ver van is afgedwaald. Het pleidooi mondt uit in een voorstel om het toepassingsbereik juist weer te beperken tot min of meer handelsrechtelijke verhoudingen.

Aansprakelijkheid en schadevergoeding

D.J. Verheij, Credit rating agency liability in Europe - Rating the combination of EU and national law in rights of redress (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2020

In de nasleep van de financiële crisis viel het boze oog op kredietratingbureaus: hadden zij niet zitten slapen of misschien zelfs moedwillig de zaken mooier voorgesteld dan ze waren? Een van de maatregelen die werden getroffen, was de introductie van EU-regels met rechtstreeks werkende aansprakelijkheden voor deze bureaus. In het bijzonder art. 35bis CRA (Vo 462/2013) is een belangrijke stap richting rechtstreekse Europeanisering van het aansprakelijkheidsrecht: dit artikel bepaalt dat een ratingbureau aansprakelijk kan worden gesteld door o.m. beleggers wanneer het opzettelijk of met grove nalatigheid een bepaalde onrechtmatige daad heeft begaan die een impact heeft op een rating voor 'alle ten gevolge van die inbreuk toegebrachte schade'. Dat klinkt hoopvol, maar tegelijk bepaalt het artikel dat begrippen zoals schade naar het toepasselijke nationale recht moeten worden ingevuld. Dus wat hebben we hier nu eigenlijk: een vorm van 'echt' Europese aansprakelijkheidsrecht of een wangedrocht? Verheij onderzoekt de Europese aansprakelijkheidsgrondslag: hoe kan die functioneren als er verder helemaal geen coherent systeem van EU-aansprakelijkheidsrecht bestaat? De meerlagige rechtsorde komt [264] hier dus intensief aan de orde, maar het boek biedt nog veel meer. Van IPR-vraagstukken tot de invloed van toezichtsrecht, het zit er allemaal in (het boek is dan ook ruim 570 pagina's dik...). Vergelijking met Frans, Duits en Engels recht en hoe zij aankijken tegen dat art. 35bis, komt ook aan de orde. Een van de conclusies is dat het artikel te onbepaald is, de nationale voorwaarden voor het recht op schadevergoeding te zeer uiteenlopen en harmonisatie van aansprakelijkheid van ratingbureaus op

EU-niveau verder verbeterd zou kunnen worden. De algemene conclusie van het boek (in mijn woorden) is dat het gebruik van dit soort 'standalone' aansprakelijkheidgrondslagen in verordeningen af te raden is: ofwel men laat het aan lidstaten over om hun eigen systeem van aansprakelijkheidsrecht toe te passen ofwel men stelt in detail autonome aansprakelijkheden vast op EU-niveau; de tussenweg die nu bij wijze van politiek compromis is bewandeld, levert gatenkaas op.

S.N.P. Wiznitzer, Defensieve dokters? Een juridisch-empirisch onderzoek naar de invloed van het medisch aansprakelijkheidsrecht op het professionele handelen van zorgverleners, diss. Utrecht, Den Haag: Boom juridisch 2021

Deze interessante dissertatie gaat over de vraag in hoeverre van het Nederlandse medisch aansprakelijkheidsrecht de beoogde gedragsbeïnvloedende werking uitgaat. Een moeilijke vraag, want weten we wat die door wet en rechtspraak beoogde werking is en kunnen we goed empirisch vaststellen of en welk verband er bestaat tussen de dreiging van aansprakelijkheidsrecht en het gedrag van artsen (en hun organisatie?). Om het nog moeilijker te maken, wordt onder 'aansprakelijkheidsrecht' óók tuchtrecht en strafrecht verstaan. Dat dit soort onderzoek niet eenvoudig is, weet ik uit ervaring: zo'n vijftien jaar geleden probeerde ik zicht te krijgen op de uitwerking van de dreiging van tucht- en aansprakelijkheidsrecht op het gedrag van gynaecologen en er was weinig bereidheid om daar überhaupt aan mee te werken. Dus hoe pakte Wiznitzer het aan? Ze bespreekt in ruim 100 pagina's de hoofdlijnen van strafrecht, civiel recht en tuchtrecht. Daarna inventariseert ze het bestaande empirische onderzoek in binnen- en buitenland en gaat ze zelf aan de slag. Uit de review van eerder onderzoek blijkt dat artsen weinig weten van wat het recht *exact* inhoudt en tegelijk zélf zeggen defensief gedrag te vertonen. Daarop borduurt het eigen empirisch onderzoek van Wiznitzer voort door percepties van artsen te onderzoeken met vragenlijsten en vignettes, waarna interviews plaatsvonden om ook te bezien hoe artsen zeggen te handelen in het licht van hun percepties. Dit keer deden de huisartsenverenigingen moeilijk en bleef dus de respons onder huisartsen lager dan gewenst. De uitkomsten zijn niettemin relevant en interessant. Er lijkt een (zwak) verband te zijn tussen zelfgerapporteerde kennis van de normen die uit het recht voortkomen en indicatoren voor defensief gedrag (zoals meer testen, weigeren patiënten met complexe problematiek etcetera), in die zin dat hoe lager de score op kennis des te defensiever de arts. Het gaat weliswaar om correlaties, maar toch. In de interviews komt naar voren dat artsen met name het tuchtrecht en de openbaarheid ervan schuwen; aardig ook om bevestigd te zien dat aansprakelijkheidsrecht een 'ver van mijn bed show' is voor artsen maar de dreiging van een tuchtklacht zeer direct wordt ervaren.

B. Schouten, Opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en het privaatrecht (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2020

Op dit proefschrift over opzet en bewuste roekeloosheid (vroeger wel 'opzet en grove schuld') promoveerde de auteur bij Loonstra en Houweling en dat verbaast gezien de thematiek niet. Het vraagstuk van convergentie en divergentie van terminologie en toepassing binnen het privaatrecht is bij deze promotores al langer onderwerp van aandacht (zie ook al de Rotterdamse bundel van K.F. Haak en F.L. Koot, *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004). Bij mij gaan steeds weer de wenkbrauwen omhoog wanneer arbeidsrecht in Boek 7 BW wordt gepresenteerd als een eigenstandig rechtsgebied dat vergeleken kan worden met 'het privaatrecht', alsof het niet

dezelfde rechtsfamilie betreft. Maar dat laat zich misschien verklaren door het feit dat ik geen arbeidsrechtjurist ben. Hoe dan ook, het boek zet verschillende verschijningsvormen van opzet en bewuste roekeloosheid naast elkaar, in het arbeidsovereenkomstenrecht, aansprakelijkheidsrecht, vervoer- en verzekeringsrecht, verkeersaansprakelijkheidsrecht, het sociale verzekeringsregres en zelfs bestuurdersaansprakelijkheid ('ernstig verwijt'). Vervolgens worden deze verschijningsvormen vergeleken op terminologie, ratio en type rechtssubject om te bezien of sprake is van consistentie. Zo komt aan het licht dat ordening van al deze verschijningsvormen mogelijk is aan de hand van criteria zoals de formulering van de grootte van de kans, de invulling van het bewustheidsvereiste; die ordening leidt alleen tot categorieën die niet per se iets met elkaar te maken hebben (zoals contractenrecht en het sociale verzekeringsregres). Daarna volgt ordening aan de hand van de ratio van de verschillende verschijningsvormen en aan de hand van het type rechtssubject (particulier vs bedrijf etc.). Het leidt tot de conclusie dat in bepaalde opzichten gegroepeerd kan worden, maar in andere opzichten weer niet. Dit is niet bijzonder consistent, zoveel is duidelijk. De verdienste van het proefschrift is dat de gekwalificeerde schuldvormen in het verbintenissenrecht in brede zin op een rij worden gezet en vergeleken. Schouten is van mening dat er duidelijker keuzes moeten worden gemaakt door de wetgever om willekeur te voorkomen; hij komt bovendien tot het opmerkelijke pleidooi om een 'model met open normen' in de wettekst neer te leggen ('de regel geldt niet als [actor] een zodanig verwijt kan worden gemaakt dat...'). Op die manier zou inconsistente begripsuitleg worden voorkomen en wordt de rechter beter in staat gesteld rekening te houden met de omstandigheden van het geval, zij het dat wel enige richting gegeven zou kunnen worden met voorbeelden die voldoen aan het 'zodanig verwijt' criterium. Ik denk dat er wel vraagtekens kunnen worden gesteld bij het uitgangspunt dat uniforme maar vage bewoordingen kunnen leiden tot uniforme [265] interpretatie, zeker als met omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden.

Consumentenrecht

M.Y. Schaub, Onlineplatformen (Mon. Privaatrecht 19), Deventer: Wolters Kluwer 2020

Dit is een mooi boek dat onlineplatforms (met name transactieplatforms) van alle juridische kanten belicht. Vallen ze onder het begrip 'diensten van de informatiemaatschappij' (Richtlijn elektronische handel 2000/31/EG), onder de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG? Zijn ze verkoper in de zin van Richtlijn 1999/44, zijn ze bemiddelaar in de zin van art. 7:414 e.v., hebben ze een zorgplicht om inhoud te filteren, zijn slechts een klein aantal van de vragen die aan bod komen. Schaub gaat ook in op de sociaalrechtelijke en mededingingsrechtelijke aspecten. En dat alles in een luttele honderd pagina's. Wat echt leuk is aan het boekje is dat de juridische puzzels worden verlevendigd met 'real life' voorbeelden, variërend van het contractueel verbod om buiten het babysitplatform *Charly Cares* oppasafspraken te maken (waartegenover staat dat de zieke oppas wordt vervangen door het platform) tot de functie van de powerseller status bij Catawiki. Een knap werkje dat graag een tweede druk verdient,² zeker nu er sinds het verschijnen al weer het nodige is gebeurd; denk aan de EU-voorstellen Digital Services Act en Digital Markets Act maar ook de booking.com zaak (HR:2021:527). Wat ik overigens wel ingewikkeld vind aan de discussies over de kwalificatie van platforms, is dat soms de vraag 'waarom wil je dat weten' uit het oog dreigt te worden verloren; of de bezigheden van een platform kwalificeren als reisbemiddeling, kan relevant zijn voor de vraag of art. 7:425 BW daarop van toepassing is maar ook voor de vraag of het platform onderworpen is aan

² Op één punt kon ik Schaub niet goed volgen: waarom een overeenkomst waarbij een zaak in gebruik wordt gegeven tegen betaling van een prijs, geen huur is wanneer de vergoeding lager is dan de gebruikskosten (p. 82), begrijp ik niet.

de CAO of een verplichte pensioenfondsregeling. Afhankelijk van de context waarin de vraag speelt, kan de kwalificatie verschillen, denk ik. Zo ook Schaub, p. 47-48.

V. Mak, Legal Pluralism in European Contract Law, Oxford University Press 2020

Dit ambitieuze boek probeert de regulering van/op de platformeconomie (denk aan: online marktplaatsen zoals uber en airbnb) binnen een theoretisch raamwerk van 'legal pluralism' te plaatsen en tegelijk iets toe te voegen aan de theorievorming over dat concept van 'pluralism'. Voor degenen die dat discours niet kennen, het betreft kort gezegd de vraag of en in hoeverre de rechtsorde meerlagig is en of daarbinnen enige rangorde bestaat. Zo is er een stroming van 'sterke' opvattingen die menen dat alle rechtsactoren recht kunnen creëren (wetgever, rechter, ondernemers, consumenten) en dat er dus geen noodzakelijke hiërarchie bestaat; de meer rechtspositivistische stroming van 'zwakkere' opvattingen erkennen dat uiteindelijk de statelijke wetgever en via deze de EU-rechtsorde regels kan opleggen en handhaven en dat er dus altijd een rangorde is. Concreet: je kunt als branche kwaliteitsregels ontwikkelen en naleven via zelfregulering en dergelijke maar als deze door de wetgever als onwenselijk of onvoldoende worden beschouwd, grijpt de wetgever in en heeft deze voorrang. Mak kiest voor wat betreft vraagstukken van Europees consumentenrecht een tussenpositie, waarbij ze een inhoudelijke dialoog tussen de genoemde rechtsactoren centraal stelt met als ondergrens de Europese grondbeginselen zoals die bijvoorbeeld in het Handvest verwoord zijn (hfdst. 1 t/m 5). Mijn indruk is dat de tussenpositie van Mak voortkomt uit enerzijds haar wens om heel graag de 'sterke' opvatting gelijk te willen geven maar anderzijds het besef dat het borgen van minimumnormen toch normenhiërarchie vergt en dat de 'zwakkere' opvatting dus toch, als het erop aankomt, zowel descriptief als prescriptief de betere papieren heeft. Dat is m.i. ook helemaal niet zo raar, zeker als je bedenkt dat wetgevingsprocessen – zelfs die op EU niveau – in werkelijkheid al gekenmerkt worden door 'duwen en trekken' door belanghebbenden en belangenorganisaties en dat zowel regelontwikkeling als handhaafbaarheid in grote mate leunen op processen van conflict, dialoog, draagvlak en samenwerking tussen overheden, belangengroepen en het bedrijfsleven. Zo bezien geeft literatuur die spreekt over de totstandkoming van privaatrechtelijke wetgeving als een 'monist, state-centred' systeem zonder enige externe invloed gewoon een verkeerde voorstelling van zaken. Dat overheden soms een streep trekken en bepaald gedrag niet tolereren om een zekere ondergrens te waarborgen, is logisch en steekt een spaak in het wiel van de 'sterke' opvattingen over de meerlagige rechtsorde.

Mak past het door haar voorgestelde raamwerk toe (hfdst. 6 t/m 7) op de platformeconomie. Daar zien we dat platforms zelf regels voorschrijven aan gebruikers, zonodig overtredingen sanctioneren en ook conflictbemiddeling verzorgen; een eigenstandige juridische biotoop zagezegd. Ook is er samenwerking in de vorm van co-regulering; denk aan een covenant om de verkoop van nepartikelen op platforms tegen te gaan. Maar dat is nog niet hetzelfde als regulering van het gedrag van platforms zélf, en dat gaat niet vanzelf. Beleidsmakers op EU- en lidstaatsniveau zijn wat dat betreft duidelijk aan zet want private partijen met marktmacht leggen zichzelf zelden spontaan beperkingen op om hun handelspraktijken in te tomen. Na nationale initiatieven zoals de *Loi pour la République numérique* (Frankrijk 2016), is er na het verschijnen van het boek van Mak ook beweging ontstaan op EU niveau in de vorm van de voorstellen inzake de Digital Services Act en Digital Markets Act. Mak zelf zoomt onder meer in op een case study met betrekking tot de transparantie van dienstverlening door Airbnb en Amazon en concludeert dat een mix van publiekrecht en private regulering daarop van toepassing is. Het private belang dat platforms tot dergelijke zelfregulering aanzet (die consumentvriendelijker kan zijn dan het minimumniveau dat de wet eist!), is steeds het voeden van *vertrouwen* van consumenten in het platform en het aldus aantrekkelijk maken [266]

van hun platform.³ Het boek mondt uit in een pleidooi voor experimentele regelstelling waarbij alle relevante rechtsactoren worden betrokken, 'beyond the state'.

Daniëlle Op Heij, De overeenkomst over digitale inhoud in een B2C-rechtsverhouding (diss. Tilburg), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021

Deze dissertatie inventariseert het privaatrechtelijk regime van het verschaffen van digitale inhoud (streaming, apps en dergelijke). Centraal staat de vraag in welke mate consumenten worden beschermd in het BW wanneer zij overeenkomsten over digitale inhoud sluiten. Aan de orde komen definitie, kwalificatie van overeenkomsten, totstandkoming en remedies bij niet-nakoming. De auteur vergelijkt met de Engelse Consumer Rights Act en inventariseert welke wijzigingen in ons recht nodig zullen zijn als gevolg van de Richtlijn digitale inhoud en digitale diensten (richtlijn 2019/770). Net voor de verdediging van het proefschrift verscheen het wetsvoorstel 35734 (*Implementatiewet richtlijnen verkoop goederen en levering digitale inhoud*), dat strekt tot implementatie van deze richtlijn. Dat wetsvoorstel voegt o.a. een nieuwe Titel 1AA toe aan Boek 7 BW ('Overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten tussen handelaren en consumenten'). Op Heij nam het wetsvoorstel althans het voorontwerp daarvan al wel mee in haar beschouwingen. Zij bepleit in haar dissertatie onder meer aandacht te besteden aan de kwalificatievraag, aan het wegwijs maken van consumenten in het doolhof van regels, verzwaring van de precontractuele informatieverplichtingen ten aanzien van digitale inhoud en het stimuleren van het maken van standaarden die de open normen van de nieuwe regeling invullen.

Handels- en Insolventierecht

Bert Keirsbilck en E. Terry, Unfair Trading Practices in the Food Supply Chain - Implications of Directive (EU) 2019/633, Cambridge: Intersentia 2020

Deze bundel bevat opstellen over Richtlijn 2019/633, die in ons recht per 1 november 2021 zal worden geïmplementeerd als de *Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen* (Stb. 2021/178). Deze wet moet toeleveranciers behoeden voor oneerlijke handelspraktijken van met name supermarktketens, die niet alleen scherpe prijzen weten te onderhandelen, maar kennelijk ook allerlei risico's bij de toeleverancier neerleggen, extra betalingen eisen en doodleuk de prijs heronderhandelen terwijl de looptijd ervan nog niet is verstreken. De richtlijn en dus de wet bevatten onderwerpen die wij tot het verbintenissenrecht rekenen; ook is er voorzien in publiekrechtelijke handhaving. De bundel belicht de richtlijn vanuit een aantal perspectieven; de vergelijking met Duits en Frans recht laat zien dat de richtlijn door die stelsels sterk is beïnvloed. Ook is er een bijdrage over Engelse zelfregulering en het zogenoemde Supply Chain Initiative (SCI). Interessant aan Richtlijn 2019/633 is dat het mededingingspraktijkenrecht versterkt en daarbij 'aanleunt' tegen het oneerlijke handelspraktijkenrecht zoals we dat in het consumentenrecht kent. Mijn voorspelling dat de richtlijn (ook) in het BW zou worden geïmplementeerd (TvC 2018, p. 282), is overigens niet uitgekomen: de Wet oneerlijke

³ Het voeden van vertrouwen als doel in het recht is een 'evergreen'. In W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt - Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boomjuridisch 2020, p. 34-35, liet ik zien dat de rol van het (privaat)recht in markten vaak is het voeden van vertrouwen zodat vragers en aanbieders het 'aandurven' om te contracteren.

handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen is een volledige 'stand alone' wet geworden.

A.M. Mennens, Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020

Dit is een belangwekkend proefschrift; ik vermoed dat het voorlopig hét handboek WHOA zal zijn. De WHOA (Wet Homologatie Onderhands Akkoord) is potentieel een 'game changer' in het insolventierecht, omdat het een nieuwe en verbeterde procedurele houvast geeft voor het saneren van het schulden van een onderneming, zonodig zonder absolute unanimiteit van schuldeisers. Na een plaatsbepaling van het probleem van reorganisatie van ondernemingen in zwaar weer en een schets van de voorgeschiedenis, wordt de WHOA uiteengezet en geanalyseerd. Na een overzicht van de uitgangspunten komen alle relevante onderwerpen aan de orde: het aanbieden van het akkoord, de klassenindeling, inhoud, stemming, homologatie en rechtsgevolgen. Omdat de wettekst van de WHOA (die onderdeel is van de Fw) niet eenvoudig te doorgronden is, bieden met name de hoofdstukken over uitgangspunten (hfdst. 4), de klassenindeling (hfdst. 6) en de inhoud van het akkoord en de rechtsgevolgen voor betrokkenen en derden (hfdst. 7), een goede manier om diepgaand kennis te maken met de WHOA en wat die verandert aan het insolventielandschap. Het boek betreft in vloeiende lijnen buitenlands recht – schakelend van Engels naar Singaporees naar Amerikaans recht – en verrijkt ons vocabulaire met begrippen als *cross class cram down*.

S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De WHOA (Recht & Praktijk, nr. InsR17), Deventer: Wolters Kluwer 2021

Dit boek oogt als een monografie maar heeft toch meer weg van een parlementaire geschiedenis (de redactie van de serie spreekt van een 'solide naslagwerk'), deels bestaand uit samenvattingen en deels uit letterlijke citaten. Het Whoa-wetgevingstraject wordt uitgebreid beschreven en samengevat in chronologische volgorde. Het boek bestaat voor een aanzienlijk deel uit letterlijk opgenomen Kamerstukken; de integrale Staatsbladversie van de Whoa is letterlijk als hoofdstuk 8 opgenomen. Hoofdstuk 9 beschrijft Richtlijn 2019/1023 (preventieve herstructureringsstelsels) en het afsluitende hoofdstuk 10 ('Evaluerende beschouwingen') is twee pagina's lang. Ik weet niet of de opzet het boek aantrekkelijk maakt als naslagwerk, omdat het niet thematisch [267] of artikelsgewijs is opgezet maar voornamelijk *chronologisch*. Dat maakt nazoeken op thema of artikel minder eenvoudig.

R. Chalmers Hoyneck van Papendrecht, De Handelsnaamwet onder de loep – Een analyse van het wettelijk systeem en zijn functioneren, een eeuw na de totstandkoming van de Handelsnaamwet (diss. EUR), Amsterdam: DeLex 2020

Fijn dat er weer een handboek is over het handelsnamenrecht. De handelsnaam is – het klinkt een beetje nerdy, ik geef het toe – een fascinerend juridisch onderwerp: op het snijvlak van IE-recht, onrechtmatigedaadsrecht, KvK-recht en goederenrecht. De centrale vraag in het boek is of de Handelsnaamwet (Hnw 1922) in de huidige vorm nog aansluit bij de behoeften van het maatschappelijke verkeer en handelsverkeer, maar het boek doet veel meer: het beschrijft de achtergronden van de totstandkoming van de Hnw 1922, vergelijkt op punten met Duits recht en laat veel rechtspraak de revue passeren. De belangrijkste hoofdstukken zijn m.i. die waarin de

handelsnaam vanuit IE-perspectief wordt geanalyseerd (hfdst. 6), als vermogensrechtelijk object wordt onderzocht (hfdst. 7), de beschermingsomvang wordt bekeken (hfdst. 8) en de aanvullende bescherming van art. 6:162 BW wordt beschreven (par. 10.12 e.v.). In een laatste hoofdstuk worden knelpunten besproken en dat mondt uit in een alternatief voorstel voor een nieuwe Hnw. Zo wordt voorgesteld om de gebonden overdraagbaarheid (art. 2 Hnw) op te heffen zodat een betere aansluiting bij de inmiddels veranderde praktijk kan worden bereikt. Daarmee wordt niet alleen zelfstandige overdraagbaarheid gefaciliteerd maar kan ook de handelsnaamlicentie beter worden ingebed. Een prima boek en petje af voor de auteur: in vier jaar promoveren op een goed boek, naast een bestaan als advocaat, dat doen weinigen hem na.