

KRONIEK EUROPEES PRIVAATRECHT 2020-3

1. Inleiding

Ooit kende het privaatrecht een dichotomie tussen civiel recht en handelsrecht. Geleidelijk verdween dit onderscheid naar de achtergrond. Tot het verschijnsel consument zijn intrede deed en het oude onderscheid leek te herleven. De beide rechtsonderdelen komen aan de orde in recente bundels over Brits handelsrecht (§ 2) en over de consument als zwakke partij (§ 3). Rechtsgeleerde proefschriften werden in Vlaanderen en Nederland in het verleden stevast in de Nederlandse taal verdedigd en – meestal – uitgegeven. Maar let op: de Engelse taal wint terrein, zoals onder meer blijkt uit een Leidse dissertatie over samenloop (§ 4) en uit een Leuvens proefschrift over kwalitatieve verbintenissen dat in de volgende kroniek zal worden besproken. Ook in Duitsland rukt het Engels op en speciaal met het oog daarop verscheen een Engelstalige editie van het *Bürgerliches Gesetzbuch* (§ 5). In Oostenrijk verscheen – eveneens in het Engels – een jaarboek Europees aansprakelijkheidsrecht (§ 6). Het Coronavirus drukt een stempel op het recht, zoals naar voren komt in verschillende publicaties (§ 7).

We besluiten deze kroniek met de signalering van een vijftal uitspraken van hoogste rechters in Europa gedaan in de periode juli-augustus 2020, welke werden verzameld door Nadine Groeneveld-Tijssens en Bert van Schaick van het Tilburgse advocatenkantoor Linssen: een Franse *Urgenda*-zaak (§ 8), de Duitse dieselsjoemel (§ 9), wie kan er nu zonder telefoon (§ 10), samenhangende overeenkomsten (§ 11) en kernbedingen (§ 12).

Zelf was ik ditmaal als redacteur betrokken bij de corona-bundel (§ 7).

2. De toekomst van het Britse handelsrecht

Iedereen kent de twee top-universiteiten van het Verenigd Koninkrijk, Cambridge en Oxford. Behalve om hun wetenschappelijke prestaties (Corona-vaccin) zijn deze twee instellingen bekend om hun *college* systeem: iedere student is er woonachtig in een autonoom woonoord, vaak daterend van eeuwen her. Er is evenwel nog een derde Engelse universiteit die het *college* systeem kent, dat is het veel minder bekende Durham in Noord-Engeland. In februari 2017 vond daar een bijeenkomst van de *Society of legal scholars* plaats. De conferentie werd geopend met een *keynote* van Roy Goode (Oxford), welke helaas niet is opgenomen in de nadien verschenen congresbundel. De bundel² bevat wel een zestiental bijdragen, verdeeld over zeven delen.

Het eerste deel ziet op ‘Foundations and fundamentals of commercial law reform’. De hierin opgenomen opstellen van Caroline Nicholas (UNCITRAL) en Henry Gabriel (Elon) gaan over UNCITRAL respectievelijk harmonisatie van het recht in de Verenigde Staten. Nicholas gaat in op de verschillende congressen die de *United Nations Commission on International Trade Law* in de loop der jaren heeft georganiseerd. Zij trekt hier vier lessen uit onder de

¹ Hoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht, lid van de redactieraad van TPR.

² Orkun Akseli, John Linarelli (red.), *The future of commercial law/Ways forward for change and reform* (Oxford: Hart, 2020,) 455 p.; H.J. de Kluiver (red.), *100 jaar Handelsrecht/Over heden, toekomst en verleden* (Zutphen: Paris, 2018), 372 p.

titels: ‘a broad and representative participation in UNCITRAL’, ‘the importance of coordination with other formulating agencies’, ‘uniform interpretation of UNCITRAL texts’ en ‘challenges in modernisation’. Gabriel vestigt de aandacht op de behoefte aan harmonisatie in de Verenigde Staten voortvloeiend uit een aanvankelijk gebrek aan rechtsbronnen in de deelstaten. Voorts bespreekt hij het werk van de *Conference of State Uniform Law Commissioners* en het *American Law Institute*. Europese onderzoekers zijn vaak verrast door het gecompliceerde Amerikaanse internationaal privaatrecht. Vanwege de onvolledigheid van de bestaande harmonisatie, is er in de VS volgens Gabriel ‘one of the most complex and convoluted set of conflict of laws rules in the world, with at least six major theories spread among the states’.

Deel II is getiteld ‘New techniques for choosing and evaluating commercial law projects’. Souichirou Kozuka (Gakushuin) vestigt hierin de aandacht op de grenzen aan harmonisatie van financieel recht en vooral op de veranderende betekenis van harmonisatie: ‘Contrary to the aspirations held when the uniform law movements initiated, it is now clear that the harmonisation takes place only selectively. This fact is no longer considered as a problem, as the focus of the harmonisation (unification) has shifted from the elimination of divergences itself, which may be labelled “non-normative benefits” of harmonisation, to the achievement of some goal through the harmonised law, or what may be labelled “normative benefits” of harmonisation. In this sense, the harmonisation of law today means the reform through the modernisation of law’. John Linarelli (Durham) wijst op de potentie van *behavioural comparative law* en Jenifer Varzaly (Cambridge) kondigt ‘Towards a unified approach to economic assessment in international commercial law reform’ aan.

Deel III gaat over de *challenge of the digital economy*. Chris Reed (Queen Mary) analyseert *cyberspace institutions*, in het bijzonder de *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*, *eBay*, *Google* en het recht om te worden vergeten. Anca Chirita (Durham) bestudeert ‘data-driven mergers under EU competition law’.

Deel IV gaat over spanningen in het klassieke kooprecht. Sean Thomas (York) analyseert in zijn bijdrage over ‘circular economy, title and harmonisation of commercial law’ de *Bunkers case* [2016] UKSC 23 [2016] AC 1034. Daarin overweegt het *Supreme Court* dat de *Sale of goods act* van 1893 ‘reflected the common law in an era when freedom of contract and trade were axiomatically accepted as beneficial’. Ingeborg Schwenzer (Basel), Julian Ranetunge (King’s & Spalding) en Fernando Tafur (Basel) bepleiten uniforme regels voor koop en dienstverlening in het Weense koopverdrag. Zij concluderen dat ‘If, as is widely acknowledged, the CISG already applies to supply of service obligations (albeit those found within contracts classified as sales contracts) there is no reason why the CISG should not govern pure service contracts’.

Het vijfde deel heeft betrekking op toegang tot financiering. Louise Gullifer (Cambridge) schetst de huidige problemen met micro-krediet. Teresa Rodriguez analyseert *crowdfunding* voor kleine bedrijven.

In deel VI concludeert Orkun Akseli (Durham) in zijn bijdrage over ‘Global secured transactions law-making’ dat ‘Comparative law is there to assist even the most developed legal systems. Every jurisdiction has a lot to learn from other jurisdictions and international legislative texts that introduced modern principles’. Richard Kohn (Keulen) bericht over de betekenis van innovatie bij grensoverschrijdende leningen en Andrew Steven (Edinburgh) over hervorming van het Schotse roerend goedrecht in het licht van de aanbeveling hiertoe van de *Scottish Law Commission*.

Het slotdeel bevat twee bijdragen van Richard Craven (Sheffield) en Ping Wang (Nottingham) over *public-private partnership*. Craven onderzoekt de mogelijkheden van een *model law on PPPs in the same vein as the model law for public procurement*, terwijl Ping Wang voor public-private partnerships zoekt naar ‘coherence, consistency and certainty’.

Het zal de Belgische en Nederlandse lezer opvallen dat wat in het Verenigd Koninkrijk tot het handelsrecht wordt gerekend niet (geheel) overeenkomt met het handelsrecht in onze contreien – zie de Nederlandse bundel verschenen bij gelegenheid van het eeuwfeest van de Vereniging “Handelsrecht”. Wellicht aanleiding voor een onderzoek naar mogelijke harmonisatie van harmonisatie? Het boek is zoals we van Hart gewend zijn prachtig uitgegeven.

3. De kwetsbare consument

Niet alleen handelsrecht trekt de aandacht van Britse juristen, ook de bescherming van de zwakke partij doet dat. Aan de flaptekst van het boek over *vulnerable consumers*³ ontleen ik het volgende: ‘This book charts the difficulties encountered by vulnerable consumers in their access to justice (...). It demonstrates that despite the development of ADR, access to justice is still severely lacking for the vulnerable consumer. The book highlights that a broad understanding of access to justice, which encompasses good regulation and its public enforcement is an essential ingredient alongside access to the mechanisms of traditional private justice (courts and ADR) to protect the vulnerable consumer. Indeed, many of the difficulties are linked to normative obstacles. For example, a lack of access to justice is a vulnerability in itself that can exacerbate existing ones. In addition, because it may contribute to ‘pushing’ already vulnerable consumers into social exclusion it is not simply about economic justice but also about social justice.

The book also shows that lack of access to justice is not irreversible nor is it necessarily linked to consumer apathy. New technologies could provide solutions. The book concludes with a plea for developing ‘inclusive’ justice systems with more emphasis on public enforcement alongside effective courts systems to offer the vulnerable with adequate means to defend themselves’.

Waar ziet dit boek precies op? In hoofdstuk 1 zetten de beide redacteuren Christine Riefa (Brunel) en Séverine Saintier (Exeter) een zoektocht in naar ‘(access to) justice for vulnerable consumers’. In nr. 2 wordt de zoektocht door Christine Riefa en Harriet Gamper (Civil Aviation Authority) voortgezet met een studie over ‘Economic theory and consumer vulnerability: Exploring an uneasy relationship’ en in nr. 3 door Robin Simpson (Oxford) over ‘A universal perspective on vulnerability: international definitions and targets’.

Eleni Kaprou (Brunel) schrijft in nr. 4 over ‘The legal definition of ‘vulnerable’ consumers in the UCPD: benefits and limitations of a focus on personal attributes’ (UCPD staat voor *Unfair commercial practices directive*), waarna Sarah Brown (Leeds) het in nr. 5 heeft over ‘Vulnerable consumers in financial services and access to justice: the regulatory response’. In nr. 6 berichten Nic Ruder en Dan Jasinski (Bristol) over ‘Regulating the consumer credit market – protecting vulnerable consumers’. Tim Dodsworth (Exeter) analyseert in nr. 7 ‘Vulnerability in the UK Energy Market’ en Andrew Hutchinson (social media) in nr. 8 ‘Using ‘stokvel’ community values to combat financial exclusion’. Wat is ‘stokvel’? Dat gaat over ‘savings and credit clubs of South Africa’s informal economy as a response to financial exclusion.’

³ Christine Riefa, Séverine Saintier (red.), *The vulnerable consumer* (Routledge 2021), 280 p.

Julie Hunter (onafhankelijk) bericht in nr. 9 over ‘The role of voluntary standards in improving outcomes for consumers in vulnerable situations’ en Cosmo Graham in nr. 10 over ‘Improving courts and ADR to help vulnerable consumers access justice’.

‘ODR and Access to Justice for vulnerable consumers: the case of the EU ODR Platform’ wordt in nr. 11 geschetst door Elisabetta Sciallis (Europconsumer). Jorge Morais Carvalho (Lissabon) bericht in nr. 12 over ‘Consumer ADR in the European Union and in Portugal as a means of ensuring consumer protection’. In nr 13 berichten Mateja Durovic en Plamena Markova (Londen) over ‘Online Dispute Resolution of Consumer Disputes, Vulnerable Consumers and New Technologies’. In nr. 14 schrijft Peter Rott (Kassel) over ‘Using claims management as a method to help consumers on low income’. De beide redacteurs onderzoeken tenslotte in nr. 15 ‘The way forward: for an ‘inclusive’ access to justice to protect vulnerable consumers’.

Omdat deze aankondiging wat mager dreigt uit te vallen, wil ik er één thema uit lichten dat mij bijzonder boeide. Het is de bijdrage van Eleni Kaprou, die voortbouwt op haar dissertatie verdedigd in Nottingham. Kaprou focust op de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. ‘The aggressive practices provisions – aldus de auteur - suffer from lack of clarity that makes their application difficult. A key problem is that the average consumer is unsuitable for aggressive practices. This can be addressed with the introduction of the concept of resilience to pressure. Finally, it is argued that the use of empirical evidence in interpreting the UCPD can be beneficial for the protection of vulnerable consumers’.

4. *Samenloop naar Europees privaatrecht*

Op 9 september jl. promoveerde in Leiden de Haagse advocaat Ruben de Graaff op een Engelstalige studie over samenloop in het Europees privaatrecht⁴. Als promotores traden aan Alex Geert Castermans en Stefaan Van den Bogaert. Deze studie bevat een rechtshistorische terugblik en een vergelijkend overzicht van Duits, Engels, Frans en Nederlands recht op het gebied van samenloop. In zijn studie sluit De Graaff aan bij het gedachtengoed van Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918). Wanneer we spreken van samenloop, gaat het volgens De Graaff om drie centrale begrippen: *claims*, *powers* en *defences*. In zijn boek wil hij deze rechten en verplichtingen in kaart brengen. Daarmee wil hij de invloed van het recht van de Europese Unie op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen ontleden.

Hoe moet de verhouding tussen *claims*, *powers* en *defences* worden bepaald? Dit dient niet alleen op basis van een formeel criterium worden beantwoord. Ook de inhoud van deze begrippen moet worden beoordeeld. Net zo min als bijzondere regels noodzakelijkerwijs voorrang hebben op algemene regels, hebben unierechtelijke regels noodzakelijkerwijs voorrang op nationale regels. De conclusie van het boek is dat het interpretatiemodel dat is ontwikkeld in de nationale stelsels van vermogensrecht kan zorgen voor een beter begrip van de invloed van het Unierecht op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.

5. *Duits burgerlijk recht auf englisch*

Van de civielrechtelijke codificaties in Europa zijn die van Duitsland en Frankrijk vermoedelijk de meest vooraanstaande – laat Italië het niet horen - en in elk geval de meest bekende. Beide hebben het voordeel dat ze al geruime tijd mee gaan: de *Code civil* ruim 200

⁴ R. DE GRAAFF, *Concurrence in European private law*, diss. Leiden (Den Haag: Eleven, 2020), 231 p.

jaar en het *Bürgerliches Gesetzbuch* ruim 100 jaar. Dat deze wetboeken in de Duitse *c.g.* Franse taal zijn gesteld, zal voor de meeste lezers uit de Benelux geen probleem zijn, maar bij het schrijven in het Engels – zoals een dissertatie over samenloop – is het wel handig als er ook een Engelse vertaling van deze wetgeving bestaat. Die is er nu ook dankzij twee Duitse auteurs, de Berlijner Gerard Dannemann en de Münsteraner Reiner Schulze. Zij brachten een tweedelige vertaling bijeen, waarvan zojuist het eerste deel is verschenen⁵. Dat bevat de originele Duitse tekst, een Engelse vertaling daarvan en een Engelstalige toelichting op de boeken 1-3 (par. 1-1296). De vertaling is verzorgd door 38 auteurs afkomstig van vrijwel alle Duitse universiteiten. Bij wege van voorbeeld geef ik de vertaling van twee van de meest bekende wetsartikelen, Par. 242 en 823:

‘Par. 242 Performance in good faith

An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration’.

Hierbij kan men de vraag stellen of ‘obligor’ zo’n gelukkige vertaling is. Ik herinner mij van de discussie in de *drafting group* van de Lando commissie dat iemand als Roy Goode ons toevertrouwde dat hij altijd diep moest nadenken welke partij de ‘obligor’ en welke de ‘obligee’ was. In de Benelux zijn dergelijke dilemma’s ook bekend. In de recente vriendenbundel voor Ernst Numann – te bespreken in de eerstkomende kroniek Europees privaatrecht - merkt deze op: ‘Ik moet ook tot op de dag van vandaag even nadenken als het over ‘schuldenaar’ en ‘schuldeiser’ gaat: wie is wie? Die heten gewoon ‘debiteur’ en ‘crediteur’!

‘Par. 823 Liability in damages

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

(2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault’.

Deze laatste paragraaf is volgens het commentaar ‘the central and most famous norm of German tort law (...). The main purpose of Par. 823 is to define a sphere of each person where this person is protected against violations by others (‘sphere of integrity’) but also to define the sphere where each person may cause damage by own activities to others without the threatening sanction of compensation’. Zelf zou ik menen dat ook Par. 242 aanspraak kan maken op de plaats als belangrijkste tekst.

6. Europees aansprakelijkheidsrecht

Op weg van Tel Aviv naar Jeruzalem raakte de Israëliëse premier Benjamin Netanyahu verwickeld in een hevige ruzie met zijn vrouw. Die resulteerde hierin dat Netanyahu de (dienst)auto werd uitgezet. De in Israel bekende journalist Igal Sarna maakte hier een smeug verhaal van voor zijn *facebook* account. Netanyahu liet het daar niet bij zitten en begon een actie wegens smaad. Deze werd toegewezen en eiser kreeg € 30 000 uitgekeerd. Om de kosten van de journalist te dragen werd een *crowdfunding* actie opgezet die € 40 000 opleverde. Het

⁵ Gerhard Dannemann, Reiner Schulze (red.), *German Civil Code/Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, vol. I books 1-3: Par. 1-1296 (München: Beck, Baden-Baden: Nomos, 2020), 2322 p.

is een van de ruim 200 *cases* die het *European Tort Law Yearbook 2018* bevat⁶. Al jaar en dag – sinds 2001 - verzorgen het Oostenrijkse *European Centre of Tort and Insurance law (ECTIL)* en het *Institute for European Tort Law (ETL)* dit jaarboek. De meest recente editie dateert van 2019 en bestrijkt in hoofdzaak het jaar 2018. Zoals te doen gebruikelijk bevat het Jaarboek nationale rapporten van de meeste EU-lidstaten alsmede een vergelijkend overzicht. Van de lidstaten ontbreekt alleen Luxemburg; daartegenover zijn wel opgenomen rapporten over Israël – we zagen het hierboven -, Noorwegen en Zwitserland.

In deze aankondiging zal ik mij beperken tot het vergelijkend overzicht en de beide rapporten uit de Benelux. In zijn vergelijkend overzicht stelt Olaf Riss (Klagenfurt) dat het Jaarboek zowel reguliere gasten als eendagsvliegen bevat. Dat er steeds vaker algemene grensoverschrijdende ontwikkelingen kunnen worden gesignaleerd, kan worden toegeschreven aan het feit dat gerechten en wetgevers steeds meer ontwikkelingen in andere landen in hun overwegingen betrekken. Voorts wordt in toenemende mate gerefereerd aan het *Draft Common Frame of Reference* en de *Principles of European Tort Law*. Veel geziene gasten in het jaarboek zijn de milieubescherming – het Nederlandse Urgenda-arrest, waarover straks meer, staat hierbij centraal -, angstschade en aardbevingsschade.

Het Belgische rapport is van de hand van Isabelle Durant (UCLouvain). Allereerst komt de wet van 30 maart 2018 inzake collectief herstel aan de orde. De rechtspraak die zij bespreekt, bestaat uit Hof van Cassatie 14 december 2007 (C.16.0296.N) inzake verlies van een kans, Hof van Cassatie 3 januari 2018 (P.17.0976.F) inzake de vereisten voor een vordering uit onrechtmatige daad, Hof van Cassatie 22 februari 2018 (C.17.0313.N) inzake Terra Cotta, Hof van Cassatie 16 maart 2018 (C.17.0200.F) inzake *culpa in contrahendo*, Hof van Cassatie 13 april 2018 (C.13.0302.F) inzake *wrongful life*, Hof van Cassatie 5 oktober 2018 (C.18.0145.N) inzake zaakschade en Hof van Cassatie 9 november 2018 (C.18.0087.N) inzake burenhinder. Van de doctrine vermeldt de auteur onder meer een bijdruk van Fagnart, *Responsabilité*, Wolters Kluwer, 2018; M. Kruithof, *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Intersentia, 2018; S. Somers, *The European Convention on Human Rights as an instrument of tort law*, Intersentia, 2018; W. Vandebussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, diss., Antwerpen: Intersentia, 2017; D. Verhoeven, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, diss., Intersentia, 2018 en C De Coster, Morele schadevergoeding bij dierlijk lijden, *TBBR* 2018, p. 335 e.v. Ook voor de Belgische lezer is dit een nuttig overzicht.

Het Nederlandse rapport werd geschreven door Jessy Emaus (Rechtbank Oost-Nederland) en Anne Keirse (Utrecht). Van de wetgeving noemen zij de wet collectieve afwikkeling massaschade; experimenten met zelfrijdende auto's, vergoeding van affectieschade; vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht en de Wet instituut mijnbouwschade Groningen. Over dit laatste thema handelt ook de na dit Jaarboek verschenen bundel *Schadevergoeding voor mijnbouwschadedoor bodemdaling en aardbevingen* van Jan van Dunné, die ik in de volgende kroniek hoop te bespreken. De auteurs noemen voorts de volgende rechtspraak: Hof den Haag 27 maart 2018 inzake de zesvoudige moord in een winkelcentrum te Alphen aan den Rijn, omkering van de bewijslast bij mesothelioom; TMG/Staat; uitlokking van wanprestatie; normalisatie; Urgenda (met annotaties van Barkhuysen en Van Emmerik, Besselink, Emaus en Fleuren) en angstschade.

7. Corona en recht

⁶ Ernst Karner, Barbara Steininger (red.), *European Tort Law 2018* (Berlin: De Gruyter, 2019), 803 p.

In deze kroniek maakte ik eerder melding van rechtsgeleerde literatuur over Corona. Inmiddels zijn rechtspraak, wetgeving en literatuur aangezwollen tot een gestage stroom. Zonder ook maar in de verste verte aan volledigheid te denken, noem ik in Nederland publicaties in *NIPR*, *NJB* en *ORP (Tijdschrift overeenkomst in de rechtspraktijk)* en in Europa een *online* gepubliceerde bundel opstellen onder redactie mede van uw kroniekschrijver, alsmede publicaties van Hans Micklitz en Christine Riefa⁷.

8. Urgenda en France

In Nederland heeft de Urgenda-procedure – zie § 6 hierboven – voor veel ophef gezorgd. Frankrijk heeft met een uitspraak van 10 juli 2020 nr. 428.409 van de Raad van State een vergelijkbaar geluid laten klinken. De *Conseil d'État* besliste hierbij als volgt: 'Une astreinte est prononcée à l'encontre de l'Etat, s'il ne justifie pas avoir, dans les six mois suivant la notification de la présente décision, exécuté la décision du Conseil d'Etat du 12 juillet 2017, pour chacune des zones énumérées au point 11 des motifs de la présente décision, et jusqu'à la date de cette exécution. Le taux de cette astreinte est fixé à 10 millions d'euros par semestre, à compter de l'expiration du délai de six mois suivant la notification de la présente décision'.

Misschien nog belangrijker zijn twee uitspraken van de Franse *Conseil constitutionnel*. Ik citeer uit een commentaar van Florian Savonitto in *AJDA* 2020, p. 1126: "Le 31 janvier 2020, le Conseil constitutionnel consacre, « pour la première fois » et « en des termes inédits » selon son communiqué de presse, « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains » comme un objectif à valeur constitutionnelle (OVC) qui découle du préambule de la Charte de l'environnement. Cette décision n° 2019-823 QPC est assurément une innovation au regard de sa jurisprudence environnementale”.

Op 31 januari 2020 wees de *Conseil constitutionnel* een uitspraak die samengevat luidt: 'La protection de l'environnement, qui découle du préambule de la Charte de l'environnement, constitue un nouvel objectif de valeur constitutionnelle et il appartient au législateur de le concilier avec l'exercice de la liberté d'entreprendre' – met dank aan collega Judith Rochfeld voor haar bijstand.

9. Dieselschandaal

Het dieselschandaal wordt vervolgd. BGH 25 mei 2020, VI ZR 252/19, besliste dat de koper van een gebruikte Volkswagen met software die de stikstofuitstoot van de auto tijdens tests automatisch optimaliseerde, van VW ten titel van schadevergoeding de door hem betaalde koopsom kan vorderen onder aftrek van een gebruiksvergoeding. Het *Bundesgerichtshof* heeft nu een aantal nuanceringen op deze regel aangebracht. BGH 30 juli 2020, VI ZR 397/19, besliste dat het recht van de koper op vergoeding van werkelijke rente niet reeds loopt vanaf de betaling van de koopsom. De koper heeft als tegenprestatie voor de betaling van de koopsom een bruikbare auto ontvangen, waarmee het verlies van de gebruiksmogelijkheden

⁷ P.S. BAKKER, "Klassiekers: de 'coronation cases': Krell v Henry", *ORP* 2020, p. 5-11; P.S. BAKKER, "Contractenrechtelijke correctiemechanismen (deel 1)", *ORP* 2020, p. 24-30; C.E. DRION, "Woord vooraf", *ORP* 2020, p. 4; Ewoud Hondius *et al.* (red.), *Coronavirus and the law* (Cambridge: Intersentia, 2020); R.J.Q. KLOMP, "Corona en contractenrecht: hoe kunnen partijen tot heronderhandeling worden bewogen?", *ORP* 2020, p. 12-17; H.J.S.M. LANGBROEK, "Enkele opmerkingen over overmacht naar aanleiding van de coronacrisis", *ORP* 2020, p. 18-23; Hans MICKLITZ, "The COVID-19 threat: an opportunity to rethink the European economic constitution and European private law", *European Journal of Risk Regulation* 2020, p. 1-7; Christine RIEFA, Coronavirus as a catalyst to transform consumer policy and enforcement, 43 *Journal of Consumer Policy* 2020, p. 451-461; H. SCHELHAAS en J. SPANJAARD, "Contract en coronacrisis", *NJB* 2020, p. 962

van de betaalde geldsom is gecompenseerd. Een rentevergoeding over de betaalde koopsom zou dan indruisen tegen de strekking van § 849 BGB, dat een vergoeding wil bieden voor het ten onrechte niet kunnen beschikken over een zaak of geld. BGH 30 Juli 2020, VI ZR 354/19, besliste dat de schadevergoedingsvordering niet vervalt als de koper gebruik heeft gemaakt van het aanbod van Volkswagen om de software van zijn Volkswagen te laten updaten en daardoor de waarde of toestand van het voorwerp van de koopovereenkomst is veranderd. Maar BGH 30 juli 2020, VI ZR 5/20, wees de schadevergoedingsvordering af van de koper die zijn gebruikte Volkswagen had gekocht nadat het dieselschandaal aan het daglicht was getreden en Volkswagen bekend had gemaakt dat zij werkte aan een oplossing die de verschillen tussen de test- en praktijkresultaten wegnam en wiens software vervolgens was geüpdatet. Volgens het *Bundesgerichtshof* was het gedrag van Volkswagen tegenover deze koper niet in strijd met de goede zeden, omdat Volkswagen tussen haar schadeveroorzakende handelen en het intreden van de schade haar gedrag kenbaar heeft aangepast. In BGH 30 juli 2020, VI ZR 354/19 had de koper van een gebruikte Volkswagen afgezien van het aanbod van Volkswagen om de *software* van zijn auto te laten updaten, maar bleef hij de auto gebruiken tot hij er ruim 250.000 km mee had gereden. Het *Bundesgerichtshof* bekrachtigde de beslissing van het *Oberlandesgericht* dat het gebruiksvoordeel van de koper diens schade had gecompenseerd.

10. *Is een telefoondienst een bestaansmiddel?*

Een consument heeft van maart 2011 tot mei 2012 geen gebruik kunnen maken van zijn vaste telefoonlijn. De kantonrechter bepaalt dat de provider wanpestatie heeft gepleegd en veroordeelt hem tot betaling van € 2.000 schadevergoeding. In hoger beroep wordt het vonnis vernietigd, omdat van materiële schade van de consument niet is gebleken en er geen rechtsgrond bestaat voor vergoeding van zijn immateriële schade. In cassatie betoogt de consument dat communicatiemiddelen, waaronder in de eerste plaats telefoondiensten, zich hebben ontwikkeld tot een bestaansmiddel en dat een langdurige schending van dit fundamentele recht de benadeelde recht geeft op schadevergoeding. Maar het *Corte di Cassazione*⁸ ziet dat anders. Een fundamenteel persoonlijk recht betreft de persoon en niet zijn vermogen. Het niet kunnen gebruiken van een zaak vormt geen inbreuk op een persoonsrecht, tenzij het gaat om essentiële zaak als water lucht, eten, woning, medicatie. Verder schendt de belemmering van het gebruik van een telefoon noch de waardigheid noch de vrijheid van een persoon, noch vormt ze een schending van een grondwettelijk gegarandeerde vrijheid, laat staan die van communiceren, aangezien niets de belanghebbende verbiedt andere middelen dan de belemmerde telefoon te gebruiken. De consument verwacht het recht op communicatie met het recht om met slechts één communicatiemiddel te communiceren.

11. *Samenhangende overeenkomsten*

De koper van een plezierjacht heeft de koopsom gefinancierd bij BNP Paribas. Na aflevering van het jacht en klachten van de koper wordt een deskundige benoemd, die concludeert dat het jacht niet aan de koopovereenkomst beantwoordt. De koper ontbindt de koopovereenkomst. Cour de cassation (2me civ.) 2 juli 2020, no. 17-12611 beslist dat deze ontbinding het *verval* veroorzaakt van de verbonden kredietovereenkomst, met als bijzonder gevolg dat BNP Paribas zich niet op bedingen in de vervallen kredietovereenkomst kan

⁸ Corte di Cassazione (sez. VI) 4 juni 2020 no. 17894/20, Del Vecchio/Wind Tre, <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20200827/snciv@s63@a2020@n17894@tO.clean.pdf>

beroepen. Naar Nederlands recht zou de koper aan de ontbinding van de koopovereenkomst slechts de bevoegdheid tot ontbinding van de kredietovereenkomst ontleen (art. 7:96 BW).

12. Kernbedingen

Een beding in de algemene voorwaarden bij kredietovereenkomsten met de Spaanse Caixabank bepaalt dat de “openingskosten” ter hoogte van 1% van de kredietsom voor rekening van de kredietnemer zijn. Een consument die uit dien hoofde € 811,37 heeft moeten betalen, vordert terugbetaling op de grond dat de desbetreffende algemene voorwaarde oneerlijk en daarmee nietig is omdat tegenover de kosten geen daadwerkelijk verrichte dienst of gedane uitgave staat. Omdat het Spaanse *Tribunal Supremo* eerder heeft beslist dat het beding waarbij een vergoeding voor openingskosten wordt bedongen een *kernbeding* is en daarom niet op zijn oneerlijke karakter kan worden beoordeeld, besluit de rechtbank van Palma de Mallorca een prejudiciële beslissing uit te lokken. In een arrest van 16 juli 2020 in *Caixabank*, besliste het HvJ⁹ dat openingskosten niet vanwege het feit dat ze deel uitmaken van de totale kostprijs van een hypothecaire lening, een kernprestatie van die lening vormen. Bedingen die een aanvulling zijn op de bedingen die de kern van de contractuele verhouding bepalen, zijn uit dien hoofde geen kernbeding. Een beding in een consumentenkredietovereenkomst dat de consument verplicht tot betaling van openingskosten, kan het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen in strijd met het vereiste van goede trouw aanzienlijk ten nadele van de consument verstoren wanneer de financiële instelling niet aantoonbaar dat die kosten overeenkomen met daadwerkelijk verrichte diensten en door haar gedane uitgaven. Het is aan de verwijzende rechter om dit te verifiëren.

Verwacht in de volgende kroniek

Kwalitatieve verbintenissen

Vereniging voor vergelijkend recht van België en Nederland

Vereniging voor burgerlijk recht

Engels contractenrecht en de wetgever

Zorgplicht in de financiële sector

De rechter in het ondernemingsrecht

Lord Devlin

Ernst Numann

AIDC-rapporten voor Fukuoka

⁹ HvJ 16 juli 2020, *Caixabank*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-224/19.