

Zoekresultaat - inzien document

ECLI:NL:PHR:2015:2658

Permanente link:

<http://deeplink.rechtspr>

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	04-12-2015
Datum publicatie	12-02-2016
Zaaknummer	15/03359
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2016:236
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken -	
Inhoudsindicatie	

Prejudiciële vraag (art. 392 Rv). Telefoonabonnement met ‘gratis’ telefoon; uitwerking van HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477 (Lindorff/Statia). Voldoet ‘all-in prijs’ voor abonnement en toestel aan art. 7:61 lid 2 BW en art. 7A:1576 lid 2 BW? Ambtshalve beoordeling en zo nodig ambtshalve vernietiging overeenkomst door rechter? Richtlijn consumentenkrediet (2008/48/EG), rechtspraak HvJEU. Verplichtingen consument na vernietiging; teruggave toestel; vergoeding voor waardevermindering en voor genot? Art. 6:203 e.v. BW, art. 6:212 BW. Is ‘all-in prijs’ kernbeding in de zin van art. art. 4 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen (93/13/EEG) en art. 6:231 onder a BW?

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Conclusie

Rolnr. 15/03359

Mr M.H. Wissink

Zitting: 4 december 2015

Conclusie inzake een verzoek om een prejudiciële beslissing in de zaak tussen

LINDORFF B.V.,

gevestigd te Zwolle,

(hierna: Lindorff)

en

[A],

wonende te [woonplaats]

(hierna: [A])

Inhoudsopgave

1. Inleiding

2. Procedure in eerste aanleg en gestelde feiten

3. Inleiding tot de beantwoording van de prejudiciële vragen

4. Beantwoording van vraag d

Inleiding

Artikel 7:61 lid 2 BW

Artikel 7A:1576 lid 2 BW

Slotsom

5. Beantwoording van vragen a-c

Inleiding

Art. 7:61 lid 2 BW

Art. 7A:1576 lid 2 BW

Samenloop van art. 7:61 lid 2 en 7A:1576 lid 2 BW

Slotsom

6. Beantwoording van vraag e

7. Beantwoording van vraag f

Inleiding

Vraag f.I

Vraag f.II

- Toestelgedeelte

- Telecommunicatiegedeelte

Rekenvoorbeeld

Slotsom

8. Beantwoording van vraag g

9. Slotsom

Conclusie

1 Inleiding

1.1 Deze zaak is een vervolg op HR 13 juni 2014 (Lindorff/Statia)¹ waarin het ging om de kwalificatie van een telefoonabonnement met een 'gratis' toestel als koop op afbetaling respectievelijk krediet voor wat betreft het toestel. Na dit arrest is in de praktijk de vraag gerezen, kort gezegd, of de rechter ambtshalve moet constateren dat de overeenkomst geen afzonderlijke prijs voor de telefoon vermeldt en welke consequenties de rechter daaraan moet verbinden. Deze problematiek speelt in een groot aantal (incasso)zaken van (rechtsopvolgers van) telecombedrijven tegen consumenten.²

1.2 HR 13 juni 2014 overwoog dat een telefoonabonnement inclusief toestel zoals in rov. 3.2 van dat arrest omschreven,³ ter zake van de verkrijging van de mobiele telefoon in beginsel dient te worden aangemerkt als

- a. een koop en verkoop op afbetaling als bedoeld in art. 7A:1576 lid 1 BW;
- b. een krediettransactie als bedoeld in art. 1, aanhef en onder a, sub 2e, Wck (oud) indien de overeenkomst is gesloten voor 25 mei 2011;
- c. een kredietovereenkomst als bedoeld in art. 7:57 lid 1, aanhef en onder c, BW indien de

overeenkomst is gesloten op of na 25 mei 2011, tenzij sprake is van een krediet zonder rente en kosten als bedoeld in art. 7:58 lid 2, onder e, BW,

een en ander tenzij de aanbieder stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat de door de consument verschuldigde abonnementskosten niet (mede) strekken tot afbetaling van de telefoon.

1.3 In de onderhavige zaak heeft de Rechtbank Den Haag (Team kanton Den Haag) bij tussenvonnissen van 20 juli 2015 op de voet van art. 392 Rv de volgende vragen aan Uw Raad voorgelegd:

"a) Dient de rechter ambtshalve te beoordelen of partijen hebben voldaan aan het bepaalde in de artikelen 7A:1576 lid 2 en 7:61 lid 2 BW, omdat de rechtshandeling anders strijdig is met een dwingendrechtelijke wetsbepaling, op grond waarvan (ook in een verstekzaak) ambtshalve tot nietigheid moet worden geconcludeerd op grond van artikel 3:40 lid 2 BW?

b) Zo neen, moet de rechter ambtshalve in een verstekzaak de vernietigbaarheid van de op verkoop en koop op afbetaling en een consument betrekking hebbende rechtshandeling, zonder dat de consument een beroep op de vernietigbaarheid heeft gedaan, vaststellen?

c) Zo neen, moet de rechter vervolgens de (door uw Raad in r.o. 3.6. van het arrest van 13 juni 2014 genoemde) vernietigbaarheid van de krediettransactie of de kredietovereenkomst ambtshalve bij verstek, derhalve zonder dat de consument een beroep op de vernietigbaarheid heeft gedaan, toetsen?

d) Vereisen de artikelen 7A:1576 lid 2 BW en 7:61 lid 2 BW dat in de overeenkomst de door de consument te betalen koopprijs voor de mobiele telefoon afzonderlijk wordt bepaald of is aan de eisen van artikelen 7A:1576 lid 2 BW en 7:61 lid 2 BW ook voldaan wanneer een all-in prijs is bepaald voor de mobiele telefoon, het telefonieabonnement en eventueel bepaalde niet variabele belkosten tezamen?

e) Is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de mogelijke nietigheid of vernietigbaarheid (als bedoeld in vragen (a) tot en met (d)) van (een deel van) de overeenkomst tussen partijen ertoe zou leiden dat de consument de beschikking heeft gekregen over een mobiele telefoon heeft afgenomen zonder dat hij daarvoor iets behoeft te betalen, zodat die nietigheid of vernietigbaarheid op grond van artikel 6:2 lid 2 BW in dit geval niet van toepassing is?

f) Indien de overeenkomst nietig of vernietigbaar is (als bedoeld in vragen (a) tot en met (d)):

I. Moet de consument de mobiele telefoon dan op grond van artikel 6:203 BW teruggeven aan de telecomaandbieder?

- Zo ja, mag de consument dan volstaan met het teruggeven van de mobiele telefoon in de staat waarin deze zich op dat moment bevindt?

- Indien de consument niet voldoet aan een vordering van de telecomaandbieder tot teruggave van de mobiele telefoon, is de consument dan verplicht een schadevergoeding te betalen gelijk aan de waarde die de telefoon (op dat moment) vertegenwoordigt?

II. Is de consument in aanvulling op het voorafgaande een vergoeding voor het gebruik dan wel genot van de mobiele telefoon verschuldigd op grond van (a) artikel 6:212 BW, (b) de redelijkheid en billijkheid, (c) onverschuldigde betaling (artikel 6:203 lid 3 c.q. art. 6:210 BW en/of artikel 6:278 BW)?

g) Dient de bepaling waarbij is overeengekomen dat een maandelijks bedrag wordt betaald voor het toestel en voor de mobiele diensten zonder dat dit bedrag wordt uitgesplitst, te worden aangemerkt als kernbeding waarop de Richtlijn oneerlijke bedingen niet van toepassing is, of dient de kantonrechter deze bepaling ambtshalve te toetsen, in die zin dat beoordeeld moet worden of er sprake is van een onredelijk bezwarend beding? Indien deze laatste vraag bevestigend wordt beantwoord: is een dergelijke bepaling oneerlijk omdat voor de consument niet duidelijk is welk bedrag hij voor het toestel dient te betalen?"

1.4 In deze prejudiciële procedure zijn alleen door Lindorff schriftelijke opmerkingen (hierna: SO) ingediend.

2. Procedure in eerste aanleg en gestelde feiten⁴

2.1.1 Bij inleidend exploit van 20 mei 2015 heeft Lindorff [A] gedagvaard om te verschijnen voor de rechtbank Den Haag, sector kanton. Lindorff vordert veroordeling van [A] tot betaling van een bedrag van € 2.048,62 vermeerderd met rente en kosten. De vordering is als volgt opgebouwd.

- a. Drie facturen tot de datum van ontbinding van de overeenkomst, totaal € 448,16, inclusief btw (een factuur van 9 juli 2014 van € 224,16, een factuur van 11 augustus 2014 van € 112,- en een factuur van 9 september 2014 van € 112,-).
- b. Een slotfactuur (de afkoopsom) van € 2.521,93, inclusief btw. Lindorff heeft de slotfactuur, die zowel een belcomponent als een toestelcomponent bevat, conform Rapport Ambtshalve Toetsing II, gematigd met 50%, zodat aan afkoopsom een bedrag van € 1.254,09 resteert. In deze slotfactuur is, zo blijkt uit de overgelegde factuur, een bedrag van € 41,32 aan administratiekosten inbegrepen.
- c. Een bedrag van € 311,45 aan buitengerechtelijke kosten, nu [A], ondanks een kosteloze aanmaning, niet tot betaling van de vordering is overgegaan.
- d. Een bedrag van € 21,17 aan wettelijke rente berekend tot 9 april 2015.

2.1.2. Lindorff legt aan haar vordering de navolgende stellingen ten grondslag.

[A] heeft (op 17 juni 2014)⁵ met KPN B.V. dan wel haar rechtsvoorgangster KPN Mobile The Netherlands B.V. (hierna te noemen: KPN) een overeenkomst gesloten voor twee aansluitingen op het mobiele telecommunicatienetwerk van KPN, op grond waarvan hij gerechtigd was om gebruik te maken van de door KPN ter beschikking gestelde telecommunicatiediensten en waarbij aan hem twee telefoontoestellen ter beschikking zijn gesteld. Op de overeenkomst zijn de door KPN gehanteerde algemene voorwaarden van toepassing.

[A] heeft één of meerdere facturen onbetaald gelaten, waarna KPN, na het versturen van diverse herinneringsbrieven en het (geheel of gedeeltelijk) buiten gebruik stellen van de aansluitingen, de overeenkomst op grond van de algemene voorwaarden heeft ontbonden.

KPN heeft de vordering op [A] (op 16 oktober 2014)⁶ gecedeerd aan Lindorff, waarvan mededeling aan [A] is gedaan.

2.1.3 Lindorff stelt zich primair op het standpunt dat de overeenkomst met [A] als een overeenkomst tot koop op afbetaling moet worden aangemerkt. De overeenkomst, voor zover deze ziet op de toestelcomponent, kan bezwaarlijk ambtshalve vernietigd worden, nu [A] geen beroep heeft gedaan op het niet tot stand komen van de overeenkomst.

Subsidiair stelt Lindorff zich op het standpunt dat, indien de kantonrechter beslist dat de overeenkomst wat betreft de toestelcomponent niet van kracht is geworden, [A] ongerechtvaardigd is verrijkt. [A] heeft immers het volle genot gehad van het door hem uitgekozen toestel zonder dat hij daarvoor een vergoeding verschuldigd is geworden.

Meer subsidiair stelt Lindorff zich op het standpunt dat [A] op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid conform artikel 6:2 lid 1 BW jo. 6:248 BW een vergoeding verschuldigd is voor het gebruik en/of genot van het telefoontoestel.

2.2 [A] is niet verschenen; tegen hem is verstek verleend.

2.3 Bij tussenvonnis van 8 juli 2015 heeft de kantonrechter aangekondigd voornemens te zijn de in dat tussenvonnis weergegeven prejudiciële vragen te stellen. Lindorff is in gelegenheid gesteld zich uit te laten over het voornemen om prejudiciële vragen te stellen, alsmede over de inhoud daarvan. Lindorff heeft bij akte van 16 juli 2015 van deze gelegenheid gebruik gemaakt.

2.4.1 In het tussenvonnis van 20 juli 2015 heeft de kantonrechter de vragen aangepast.

Op verzoek van Lindorff zien de vragen a t/m e niet alleen op koop op afbetaling (art. 7A:1576 lid 2 BW), maar ook op een kredietovereenkomst (art. 7:61 lid 2 BW).

Tevens is aan vraag f onderdeel I, toegevoegd de vraag omtrent de schadevergoeding gelijk aan de waarde van de telefoon (op dat moment).

Voorts wordt in onderdeel II sub c in verband met de gebruiksvergoeding ook verwezen naar de artikelen 6:203 lid 3 en 6:278 BW.

2.4.2 Lindorff had ook verzocht de vraag voor te leggen of de nietigheid dan wel vernietigbaarheid als bedoeld in de vragen a t/m d het gehele telefoonabonnement inclusief mobiele telefoon betreft of dat sprake is van partiële nietigheid, in de zin dat het deel dat ziet op de mobiele telefoon nietig of vernietigbaar is, terwijl het deel van de overeenkomst dat ziet op de telecommunicatiediensten in stand blijft. De kantonrechter heeft deze vraag niet voorgelegd, omdat de Hoge Raad deze reeds beantwoord heeft in zijn arrest van 13 juni 2014.

2.4.3 De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 20 juli 2015 de eerder vermelde vragen gesteld en iedere verdere beslissing aangehouden.

3 Inleiding tot de beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1 De kwalificatie van de overeenkomst als koop op afbetaling en als een kredietovereenkomst wordt door Lindorff in het voetspoor van HR 13 juni 2014 erkend (SO nr. 11). Gezien de prejudiciële vragen kan de kwalificatie als krediettransactie in de zin van de WCK in beginsel onbesproken blijven; vraag c ziet mede op de WCK.

De vragen zien met name op de situatie dat in de overeenkomst geen afzonderlijke prijs is bepaald voor de telefoon, maar een totaalprijs (in de vorm van de verschuldigde maandtermijn gedurende de minimumlooptijd van het abonnement) voor de telecommunicatiediensten en het toestel.

3.2 Bij de eerste telefoonzaak was duidelijk – overigens zonder dat dit het antwoord bepaalde – dat een dergelijke kwalificatie verschillende, soms vérstrekkende privaatrechtelijke en toezichtrechtelijke gevolgen zou meebrengen. In deze tweede telefoonzaak gaat het om een aantal van die privaatrechtelijke gevolgen. In het arrest van 13 juni 2014 werd daar al iets over gezegd:

“3.6 In voorkomend geval zal de consument een overeenkomst die aangemerkt kan worden als een telefoonabonnement inclusief toestel (zoals hiervoor in 3.2 omschreven), kunnen vernietigen wegens strijd met de in verband met koop op afbetaling, krediettransactie dan wel kredietovereenkomst geldende wettelijke bepalingen. Opmerking verdient dat de overeenkomst in zodanig geval, indien aan de voorwaarden van art. 3:41 BW is voldaan (vgl. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, rov. 3.7.3), in stand kan blijven voor zover deze betrekking heeft op de door de consument te benutten telecommunicatiediensten van de aanbieder. Dat laatste geldt ook voor zover een telefoonabonnement inclusief toestel ingevolge art. 7A:1576 lid 2 BW niet van kracht is geworden omdat de door de consument te betalen koopprijs voor de mobiele telefoon niet in de overeenkomst is bepaald; deze wetsbepaling ziet immers niet op het gedeelte van de overeenkomst dat betrekking heeft op het verlenen van telecommunicatiediensten.”

3.3.1 Als uitvloeisel hiervan spelen verschillende, samenhangende kwesties:

- (1) is voldaan aan de toepasselijke rechtsregels (zoals met betrekking tot het vermelden van de toestelprijs) en wat is het rechtsgevolg van het niet voldoen aan een bepaalde rechtsregel;
- (2) moet de rechter dit ambtshalve vaststellen;
- (3) wat is het effect op het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst; en
- (4) hoe moet de overeenkomst worden afgewikkeld?

3.3.2 De vragen stellen aspecten van de onder (1), (2) en (4) bedoelde kwesties aan de orde, primair voor wat betreft de art. 1576a lid 2 en 7:61 lid 2 BW (vragen a-f) en voorts voor wat betreft de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen (vraag g).

3.4.1 De vragen zijn alleen gericht op de afdoening van de overeenkomst voor zover zij ziet op het toestelgedeelte. De hiervoor onder (3) bedoelde kwestie van de partiële 'nietigheid', waarop Uw Raad wees in het arrest van 13 juni 2014, is in deze zaak als zodanig niet aan de orde. Het punt

komt hierna zijdelings nog aan bod bij de bespreking van vraag f.

3.4.2 In rechtspraak en literatuur is deze kwestie inmiddels aan de orde gekomen. In de rechtspraak vond ik enige gevallen waarin werd geoordeeld dat het toestelgedeelte van de overeenkomst niet in onverbreeklijk verband staat met het telecommunicatiegedeelte, kort gezegd omdat de consument (met een ander toestel) nog gebruik kan maken van de telecommunicatiediensten.⁸ In de literatuur wordt hierover verschillende geoordeeld. Sommige auteurs veronderstellen (stilzwijgend) dat het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst in stand blijft.⁹ Anderen neigen tot de tegenovergestelde conclusie, omdat de consument (mede) met het oog op het toestel het abonnement afsloot¹⁰ of omdat de consument met een voor hem onbruikbaar, althans te duur, abonnement blijft zitten.¹¹ Of sprake is van partiële 'nietigheid' moet uiteindelijk per geval worden beoordeeld, omdat dit afhangt van de omstandigheden van het geval, alhoewel ook hier denkbaar is dat in de praktijk een bepaalde aanpak wordt ontwikkeld die in beginsel in (bepaalde) telefoonzaken kan worden toegepast (zie verder bij 3.6).

3.5.1 De hierboven bedoelde vragen kunnen met name ook rijzen in incassozaken, die door de aanbieder zijn aangespannen omdat de consument de maandtermijnen niet (meer) betaalt. In die zaken zal de aanbieder veelal de overeenkomst met de consument (gedeeltelijk) ontbinden en een geldbedrag van de consument vorderen.

3.5.2 Daarbij zal in de praktijk daadwerkelijke teruggave van de telefoon veelal niet aan de orde zijn, ¹² ook indien juridisch sprake is van een verbintenis van de consument om de telefoon terug te geven.

Denkbaar is dat de consument het toestel niet wil retourneren, omdat hij nog prijs stelt op het gebruik ervan. Denkbaar is ook dat de consument het toestel niet kan retourneren, omdat het is afgegeven aan derden,¹³ of door de consument is doorverkocht. Ook de aanbieder zal niet steeds belang hebben bij teruggave van de telefoon, maar in plaats daarvan de voorkeur kunnen geven aan een geldbedrag. Teruggave van de telefoon brengt kosten met zich mee (bijvoorbeeld voor inname, onderzoek en eventuele reparatie) die nodig zijn om met het toestel economisch weer waarde te kunnen genereren. Het bedrijfsmodel van een aanbieder zal niet, althans niet steeds, de verkoop van gebruikte toestellen omvatten.

Een verplichting tot teruggave van de telefoon kan zich daarom in de praktijk vertalen in de betaling van een bepaald bedrag. Vraag f houdt daarmee ook rekening.

3.6 Voor de afdoening van telefoonzaken zijn door rechters in feitelijke instanties aanbevelingen opgesteld. In het rapport *Ambtshalve toetsing* (2010) werden twee routes uitgewerkt – de 'lange route' en de 'korte route' – op basis van het uitgangspunt dat de overeenkomst in haar geheel geldig was. Naar aanleiding van HR 13 juni 2014 zijn nieuwe aanbevelingen opgesteld in het herziene rapport *Ambtshalve toetsing* (2014). Deze aanbevelingen zien op ambtshalve toetsing en op de aanpak in de situatie dat wel (in 3.4.4, hieronder niet opgenomen) respectievelijk geen toestelprijs is vermeld:

"3.4.3 Telefoonabonnementen met levering van een telefoontoestel

(...) Voor de vraag of sprake is van koop op afbetaling en/of huurkoop gelden de bepalingen in art. 7A:1576 e.v. Deze zijn niet gebaseerd op Europese richtlijnen. Toch kan ambtshalve toepassing hier geboden zijn, namelijk indien het niet naleven van de gestelde vormvoorschriften tot nietigheid van de overeenkomst leidt. Met nietigheid van rechtswege in de zin van art. 3:40 is naar de werkgroep meent gelijk te stellen de bepaling in art. 7A:1576 lid 2, te weten dat de overeenkomst 'niet van kracht wordt' voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald.¹⁰⁶ Ook die regel moet dus ambtshalve worden toegepast. Dat zal in de meeste gevallen al beslissend zijn, zodat de rechter niet toekomt aan de vraag of de overeenkomst gezien als krediettransactie geldig is. Als de rechter aan die vraag wel toekomt geldt dat de regeling van krediettransacties in de zin van de WCK (oud) of titel 7.2A BW is gebaseerd op Europees recht inzake Consumentenkrediet. Deze regels zullen dus zonder twijfel ambtshalve moeten worden toegepast. (...)

(voetnoot 106 vermeldt: De HR lijkt hier ook van uit te gaan in r.o. 3.6 van genoemd arrest, nu daarin op de situatie dat de overeenkomst met betrekking tot het toestel niet tot stand is gekomen doordat de prijs niet is bepaald de regels van partiële nietigheid op dezelfde wijze worden toegepast als

wanneer een beroep op een vernietigbaarheid zou zijn gedaan. Hier wordt niet de eis gesteld dat de consument het niet tot stand gekomen zijn van de overeenkomst m.b.t. het toestel heeft aangevoerd; kennelijk gaat de HR er vanuit dat de rechter dat ambtshalve vaststelt. Een ander argument hiervoor is het feit dat de regeling van de koop op afbetaling dateert van voor het NBW; dat verklaart dat niet de term 'nietig' is gebruikt, maar het van rechtswege niet bindend zijn op andere wijze is uitgedrukt.)

3.4.5 Toestelwaarde NIET in de overeenkomst bepaald

Het meest voorkomende geval lijkt evenwel het volgende: de telecomprovider heeft een 'gratis' toestel verstrekt bij een tweejarig abonnement. Het toestel is ook los verkrijgbaar en vertegenwoordigt een waarde die in verhouding tot de kosten van het abonnement gedurende twee jaar niet verwaarloosbaar is. Bij het aangaan van de overeenkomst is de waarde van het toestel NIET in de overeenkomst bepaald.

De rechter zal dan bij de totale abonnementsprijs een bedrag dat bedoeld was voor het toestel (overeenkomstig de door de telecomprovider opgegeven waarde) op de vordering in mindering moeten brengen. Dan resteert de 'belcomponent' zoals hiervoor omschreven, die voor zover onbetaald gebleven over de resterende abonnementsperiode kan worden toegewezen als vergoeding voor de overeengekomen telecomdiensten, evenwel met inachtneming van het bovenstaande: gezien het boetekarakter van onmiddellijke opeisbaarheid dient de schadevergoeding te worden begroot op de helft van de onbetaald gebleven belcomponent.

Als de waarde van het toestel niet in de overeenkomst is bepaald, is de overeenkomst niet van kracht geworden voor wat betreft het deel van de koop op afbetaling c.q. huurkoop van de telefoon.

Dat betekent dat er geen rechtsgrond is voor de verstrekking van het telefoontoestel. Het telefoontoestel is onverschuldigd betaald en kan door de telecomaandbieder worden teruggevorderd (6:203 e.v.). Het door de consument reeds betaalde deel van de abonnementsprijs dat betrekking had op het toestel is eveneens onverschuldigd betaald.

Daarbij verdient opmerking dat de consument het toestel zou mogen teruggeven in de staat waarin het zich bevindt.116"

(Voetnoot 116 luidt: "De consument kan gezien art. 6:204 niet verweten worden dat hij het toestel heeft gebruikt, want hij behoefde redelijkerwijs geen rekening te houden met de verplichting tot teruggave.") (...)

3.4.7 De 'korte route'

De in *Ambtshalve toepassing (2010)* aanbevolen 'korte route', hield kort gezegd in dat als de vordering werd beperkt tot 75% van de resterende abonnementstermijnen, deze zonder nader onderzoek zou kunnen worden toegewezen. Als de waarde van het toestel NIET in de overeenkomst is bepaald, kan deze route echter na het arrest inzake het gratis toestel niet langer gevolgd worden, nu deze methode berustte op een schatting van de waarde van het verstrekte toestel, maar er impliciet vanuit ging dat de overeenkomst ook voor zover betrekking hebbend op dat toestel geldig was. Dat blijkt niet zo te zijn. Maar in de gevallen dat de toestelwaarde WEL bekend is, is er geen reden de korte route nog te gebruiken. Omdat de belcomponent en de toestelcomponent beide bekend zijn, kan dan immers zonder bezwaar de onder 3.4.4 beschreven rekenmethode gebruikt worden. De aanbeveling met betrekking tot de korte route komt daarom te vervallen.

3.4.8 Hoe verder met het 'gratis toestel' in telefoonabbonementen

Het is thans nog niet geheel te overzien hoe de uitspraak van de Hoge Raad inzake het gratis toestel in de praktijk uit gaat pakken. De verwachting is dat in de overgrote meerderheid van de gevallen de prijs voor het toestel niet in de overeenkomst is bepaald, zodat de overeenkomst niet geldig is met betrekking tot het toestel. Dan is te verwachten dat noch de telecomaandbieder noch de consument gebruik zullen maken van hun recht op terugvordering van hetgeen onverschuldigd is betaald. Als dat zo is zal bij vonnis alleen behoeven te worden beslist over de 'belcomponent'. Indien de prijs wel bepaald is, maar sprake is van een krediettransactie die op grond van de bepalingen van de WCK (oud) of titel 7.2A niet geldig is, zal op dezelfde wijze

moeten worden beslist over de belcomponent.

Als de waarde van het toestel niet kan worden bepaald, kan ook de belcomponent niet worden berekend en kan er niets worden toegewezen.

(...)

De stand van zaken is thans dat in zeer veel zaken naar aanleiding van het arrest over het 'gratis toestel' nadere informatie is opgevraagd, die evenwel nog vrijwel niet is ontvangen, zodat ook de standpunten van de telecomproviders thans nog niet bekend zijn. Het is daarom nog niet mogelijk op dit punt nadere aanbevelingen te doen. Inmiddels is een landelijk netwerk van (kanton) rechters stafjuristen aan het ontstaan dat tot doel heeft de uniforme aanpak van telecomzaken te bevorderen en te coördineren. De werkgroep vindt dat van groot belang omdat het landelijk gezien gaat om tienduizenden zaken, die voor een belangrijk deel bij verstek worden afgedaan, zodat uniforme afdoening van groot belang is. Het is immers niet uit te leggen dat de zaken bij verstek op verschillende manieren worden afgedaan bij de verschillende gerechten in het land." (voetnoten weggelaten).

3.7 Over deze aanbevelingen bestaat kennelijk nog geen eenstemmigheid. In het tussenvonnis van 8 juli 2015 overweegt de verwijzende rechter, na te hebben gewezen op het par. 3.4.3 van het herziene rapport Ambtshalve toetsing:

"3.4. De vraag is aan de orde of het niet bepalen van een prijs leidt tot nietigheid dan wel tot vernietigbaarheid in de zin van artikel 3:40 BW. Het lijkt bij artikel 7A:1576 lid 2 BW (het "niet van kracht" zijn) niet te gaan om een rechtshandeling die op grond van artikel 3:40 lid 1 BW door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, maar om een dwingende wetsbepaling als bedoeld in artikel 3:40 lid 2 BW. Bij toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW dient de vraag te worden beantwoord of artikel 7A:1576 lid 2 uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen en een handelen in strijd daarmee derhalve in principe leidt tot vernietigbaarheid en vervolgens of van vernietigbaarheid desondanks geen sprake is omdat, mede gelet op de formulering ervan, uit de strekking van artikel 7A:1576 lid 2 anders voortvloeit. In de wetgeschiedenis is hierover weinig vermeld.

3.5. Indien moet worden geoordeeld dat het handelen in strijd met artikel 7A:1576 lid 2 BW leidt tot nietigheid van de overeenkomst, is het de vraag of dit ambtshalve dient te worden vastgesteld. Een zelfde vraag kan worden gesteld als handelen in strijd met artikel 7A:1576 lid 2 BW leidt tot vernietigbaarheid.

3.6. Indien komt vast te staan dat de kantonrechter ambtshalve dient te toetsen of de overeenkomst inzake de mobiele telefoon tot stand is gekomen, dient de kantonrechter te beoordelen of de overeenkomst tot stand is gekomen indien partijen geen afzonderlijke prijs voor het toestel zijn overeengekomen, maar enkel een maandelijks door de consument te betalen bedrag dat geacht kan worden op zowel het telefoontoestel als op de gebruikskosten ten aanzien van de geleverde telecommunicatiediensten betrekking te hebben. Zie ook overweging 3.8.3. van de Advocaat-Generaal bij het arrest van de Hoge Raad van 13 april 2014 ECLI:NL:HR:2014:1385. Geoordeeld kan worden dat dit laatste, zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 13 juni 2014 (r.o. 3.5.1.) heeft overwogen, meer in overeenstemming is met de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid, en dat de consument ermee rekening moet houden dat in de overeengekomen maandelijksse betalingen een vergoeding voor de mobiele telefoon is verwerkt. De maandelijks verschuldigde prijs is bovendien eenvoudig te bepalen door de nieuwwaarde van het telefoontoestel te delen door het aantal maanden waarvoor het contract is aangegaan.

3.7. Tevens rijst de vraag of de tussen de telecoomaanbieder en de consument geldende bepalingen, als die als gevolg hebben dat de tussen hen gesloten overeenkomst met betrekking tot de mobiele telefoon nietig wordt verklaard, op grond van artikel 6:2 lid 2 BW niet van toepassing zijn, nu deze bepalingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in dat geval onaanvaardbaar zijn, omdat het uitspreken van de nietigheid van de overeenkomst tot gevolg heeft dat de consument de beschikking heeft gekregen over een mobiele telefoon zonder dat hij daarvoor iets behoeft te betalen.

3.8. Indien in rechte komt vast te staan dat de overeenkomst tussen partijen inzake de mobiele telefoons

niet tot stand is gekomen, rijst de vraag wat hiervan de consequentie is voor wat betreft de aan de consument ter beschikking gestelde mobiele telefoons.

- 3.9. Indien in rechte komt vast te staan dat de overeenkomst tot stand is gekomen, dient dan de kantonrechter, mede gelet op uitspraken van het Hof van Justitie van de EU inzake consumentenkrediet, colportage en consumentenkoop (Rampion (HvJ EU 4 oktober 2007, NJ 2008, 37), Martin Martin (HvJ EU 17 december 2009, C-227/08), Pohotovost (HvJ EU, 16 november 2010, C-76/10), Banco Espanol (HvJ EU, 14 juni 2012, C-618/10, 2012) en Kasler, (HvJ EU, 30 april 2014, C-26/13), ambtshalve te toetsen of het beding waarbij is overeengekomen dat een maandelijks bedrag wordt betaald voor het toestel en voor de mobiele diensten zonder dat dit bedrag wordt uitgesplitst, een onredelijk bezwarend karakter heeft of is sprake van een kernbeding waarop de Richtlijn oneerlijke bedingen niet van toepassing is? En indien dit beding moet worden getoetst aan de Richtlijn oneerlijke bedingen, is dan sprake van een oneerlijke beding, nu de consument niet precies weet welk bedrag hij voor het toestel moet betalen. De kantonrechter is vooralsnog van oordeel dat dit beding niet onredelijk is, nu de consument precies weet waaraan hij toe is, omdat hij weet welk bedrag hij maandelijks voor het toestel en voor het gebruik van het telefoonnetwerk moet betalen. Bovendien kan, zoals hierboven onder 3.6 vermeld, de consument vrij eenvoudig de door hem voor het toestel te betalen prijs berekenen.
- 3.10. In de onderhavige verstekzaak (en in de grote hoeveelheid soortgelijke verstekzaken) is een antwoord rechtstreeks van belang voor de beslechting en voor de (in een verstekvonnis uit te spreken) beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen waarin zich dezelfde vraag voordoet. Dit brengt met zich dat het stellen van nieuwe prejudiciële vragen aan de Hoge Raad geboden is. Beantwoording van alle gestelde prejudiciële vragen is van belang teneinde de markt duidelijkheid te verschaffen. (...)"
- 3.8 Ik bespreek eerst vraag d, omdat het antwoord op die vraag van invloed is op de relevantie van sommige andere vragen.

4 Beantwoording van vraag d

Inleiding

- 4.1 Vraag d stelt aan de orde of de artikelen 7A:1576 lid 2 BW en 7:61 lid 2 BW vereisen dat de toestelprijs afzonderlijk wordt vermeld of dat voldoende is dat een all-in prijs is bepaald voor het toestel en de telecommunicatiediensten.
- 4.2 Ik stel voorop dat bepaling van de toestelprijs niet alleen bij vraag d speelt, maar ook bij de afwikkeling van de overeenkomsten (vraag f) en de invalshoek van de Richtlijn oneerlijke bedingen (vraag g). Ik bespreek dit punt nu alleen in het eerste verband.
- 4.3.1 Anders dan Lindorff (SO nr. 35) lijkt te betogen, staat aan een bevestigende beantwoording van vraag d niet in de weg, dat het apart vermelden van de prijs voor de telefoon in hoge mate willekeurig zou zijn bij gebrek aan een objectief criterium om die prijs te bepalen. Een aanbieder kan immers vooraf bepalen voor welk bedrag hij de telefoon wenst te verkopen in het kader van een overeenkomst die tevens ziet op telecommunicatiediensten en deze prijs aan de consument mededelen. Daartoe is geen objectief criterium vereist.
- 4.3.2 Volgens Lindorff heeft het "geen toegevoegde waarde" dat de aanbieder de toestelprijs bepaalt, omdat deze er bijvoorbeeld voor kan kiezen om de telefoon 'gratis' te verstrekken en zijn marge te maken op de telecommunicatiediensten. Dat betoog lijkt mij niet goed verdedigbaar in het licht van HR 13 juni 2014, waarin onder meer is overwogen:

"3.5.1 Voor een consument vertegenwoordigt een nieuwe mobiele telefoon in het algemeen, zowel in absolute zin als in verhouding tot de voor het gebruik van telecommunicatiediensten maandelijks te betalen kosten, een aanzienlijke waarde (in het onderhavige geval hadden de

telefoons elk een verkoopwaarde van € 475,--).

Daarom moet worden aangenomen dat een consument doorgaans tot het afsluiten van een nieuw telefoonabonnement inclusief toestel (zoals hiervoor in 3.2 omschreven) overgaat mede met het oog op het in eigendom verkrijgen van een dergelijke mobiele telefoon. In het algemeen zal hij, gelet op de waarde van de telefoon, niet (mogen) verwachten dat hij deze daadwerkelijk geheel kosteloos verkrijgt, maar ermee rekening (moeten) houden dat in de overeengekomen maandelijkse betalingen een vergoeding voor de mobiele telefoon is verwerkt.

Omgekeerd geldt ook voor de aanbieder dat de door hem gemaakte inkoopkosten voor de mobiele telefoon in het algemeen geheel of voor een (aanzienlijk) gedeelte terugverdiend zullen (moeten) worden uit de door de consument te betalen maandelijkse abonnementskosten.

3.5.2 Gelet op het voorgaande is het het meest in overeenstemming met de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid, de verwachtingen die partijen mogen hebben en de consumentenbeschermende strekking van de hiervoor bedoelde wettelijke regelingen, om tot uitgangspunt te nemen dat de overeengekomen, door de consument te betalen maandbedragen niet alleen betrekking hebben op de vergoeding voor de door deze af te nemen telecommunicatiediensten, maar mede strekken tot afbetaling van een koopprijs voor de mobiele telefoon. Dat brengt mee dat een telefoonabonnement inclusief toestel, zoals hiervoor in 3.2 omschreven, ter zake van de mobiele telefoon in beginsel is aan te merken als een koop op afbetaling, en tevens als een krediettransactie dan wel kredietovereenkomst."

Een aanbieder die onder deze omstandigheden stelt dat de toestelprijs € 0 is, betoogt in feite dat ter zake van de telefoon geen sprake is van koop op afbetaling respectievelijk krediet.

4.3.3 Nu wil ik wel aannemen dat er een zekere speling zit in de prijs die de aanbieder aan de telefoon toekent. Deels zal dit worden bepaald door zijn inkoopprijs (een gegeven dat de aanbieder vermoedelijk niet wil delen met anderen) en deels door andere factoren (zoals de op het toestel en/of de telecommunicatiediensten te realiseren marge en de wervende kracht van een aan de potentiële klant gecommuniceerde toestelwaarde). Ook kan worden aangenomen dat de consument in werkelijkheid betaalt voor de combinatie van de telecommunicatiediensten en de telefoon (zoals Lindorff in haar SO ook opmerkt). Een en ander is echter geen reden om geen toestelprijs te noemen, indien de wetgeving dat wel vereist.

4.4 Volgens Lindorff (SO nrs. 36-40) vereisen de art. 7:61 en 7A:1576 BW geen afzonderlijke toestelprijs, en kan worden volstaan met de vermelding van een all-in prijs, omdat (a) het doel van deze bepalingen is consument te beschermen, met name tegen overkreditering en (b) de consument met de all-in prijs per maand en de (minimum)duur van het abonnement weet waaraan hij toe is. De gedachte bij (b) ziet men wel terugkomen bij art. 7A:1576 BW (ik voelde er ook wel voor),¹⁴ maar ik denk dat zij voor art. 7:61 BW niet opgaat en voor art. 7A:1576 door Uw Raad is verworpen.

Artikel 7:61 lid 2 BW

4.5 Naar mijn mening is de opvatting van Lindorff onjuist. Ik werk dat nader uit, mede om aan te geven dat het stellen van een prejudiciële vraag op dit punt door Uw Raad aan het HvJEU niet nodig is omdat het mijns inziens gaat om een 'acte clair'. Titel 7.2A BW, waarvan art. 7:61 deel uitmaakt, dient vanaf 25 mei 2011 ter omzetting van Richtlijn 2008/48/EG.¹⁵ Art. 22 lid 1 Richtlijn 2008/48/EG gaat uit van volledige harmonisatie van de daarin geregelde aspecten van consumentenkredietovereenkomsten, waar haar voorloper, de Richtlijn consumentenkrediet,¹⁶ nog slechts in minimumharmonisatie voorzag.

4.6 Art. 7:61 lid 2 BW luidt:

"In de kredietovereenkomst worden op duidelijke en beknopte wijze vermeld:

(...)

e. in geval van een krediet in de vorm van uitstel van betaling voor een goed of een dienst, dan wel van een gelieerde kredietovereenkomst, het goed of de dienst ter financiering waarvan het krediet strekt en de contante prijs daarvan;

(...)”

Art. 7:61 lid 2 BW verplicht de kredietgever voorts onder meer ook tot vermelding van het totale kredietbedrag en de voorwaarden voor kredietopneming (sub d), het jaarlijks kostenpercentage en het totale door de consument te betalen bedrag, berekend bij het sluiten van de kredietovereenkomst (sub h), alsmede het bedrag, het aantal en de frequentie van de door de consument te verrichten betalingen, en, in voorkomend geval, de volgorde waarin de betalingen aan de verschillende openstaande saldi tegen verschillende debetrentevoeten worden toegerekend met het oog op aflossing (sub i). De informatie mag volgens de wetgever overigens ook worden opgenomen in de algemene voorwaarden, mits die voorwaarden aan de overeenkomst worden gehecht.¹⁷

Ten aanzien van de voorganger van deze richtlijn, Richtlijn 1987/102/EEG, heeft het HvJEU het belang van vermelding van de voorgeschreven informatie benadrukt. Zie de uitspraak in de zaak Pohotovost, die bij 5.5.2 wordt geciteerd.

4.7.1 Ik richt mij verder op art. 7:61 lid 2, aanhef en onder e, BW, omdat vraag d daarop is toegesneden. Deze bepaling is in de parlementaire geschiedenis niet afzonderlijk nader toegelicht. Het gaat om een vrijwel letterlijke omzetting van art. 10 lid 2, aanhef en onder e, van Richtlijn 2008/48/EG.¹⁸

De informatie bedoeld in art. 10 lid 2, aanhef en onder e, behoort blijkens art. 5 lid 1, aanhef en onder e, Richtlijn (welke bepaling is omgezet door middel van art. 7:60 lid 1 BW) ook tot de aan de consument te verstrekken precontractuele informatie.

Deze precontractuele informatie wordt volgens art. 5 lid 1 “op papier of op een andere duurzame drager, verstrekt overeenkomstig het formulier „Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet” in bijlage II.”

Dit formulier bevat onder “2. Beschrijving van de belangrijkste kenmerken van kredietproduct” onder meer een vakje met de tekst:

“Indien van toepassing

Het krediet wordt verleend in de vorm van uitstel van betaling voor een goed of dienst of wordt gekoppeld aan de levering van een bepaald goed of het aanbieden van een dienst.

Naam van het goed/de dienst

Contante prijs”

met de toelichting: “Telkens als „indien van toepassing” is vermeld, moet de kredietgever het vak invullen indien de informatie relevant is voor het kredietproduct, of de desbetreffende informatie of het hele vak schrappen indien de informatie niet relevant is voor het soort krediet in kwestie.”

4.7.2 Het begrip ‘contante prijs’ wordt niet door de Richtlijn gedefinieerd. Van Boom denkt in de onderhavige context aan: “de objectieve winkelwaarde en niet aan de prijs die de aanbieder eraan hecht. Anders zou er namelijk ‘€ 0’ op de overeenkomst komen te staan, en dan zijn we weer terug bij af.”¹⁹

4.8.1 Uit de considerans van de Richtlijn blijkt dat de (pre)contractuele informatie is bedoeld om de consument in staat te stellen weloverwogen een beslissing te nemen en zijn rechten en verplichtingen te kennen:

“(19) Opdat consumenten met kennis van zaken kunnen beslissen, moeten zij vóór het sluiten van de kredietovereenkomst de nodige informatie krijgen over de kredietvoorwaarden, de kredietkosten en zijn verplichtingen, die zij mogen meenemen en nader bestuderen. Om voor een zo groot mogelijke transparantie te zorgen en aanbiedingen vergelijkbaar te maken, dient deze informatie met name ook het in de gehele Europese Unie op uniforme wijze vastgestelde jaarlijkse kostenpercentage van het krediet te omvatten. Aangezien het jaarlijkse kostenpercentage vooralsnog slechts aan de hand van een voorbeeld kan worden gegeven, moet dit voorbeeld representatief zijn. Daarom moet het bijvoorbeeld overeenkomen met de gemiddelde looptijd en het totale kredietbedrag voor het soort kredietovereenkomst in kwestie

en, indien van toepassing, met de gekochte goederen. Bij de keuze van het representatieve voorbeeld moet ook rekening worden gehouden met de frequentie van bepaalde soorten kredietovereenkomsten in een specifieke markt. Wat betreft de debetrentevoet, het aflossingstempo en de kapitalisatie van de rente, dienen de kredietgevers hun conventionele berekeningsmethode voor het betrokken consumentenkrediet te gebruiken.

(...)

(31) De kredietovereenkomst moet in duidelijke en beknopte vorm alle noodzakelijke informatie bevatten over de rechten en plichten die voor de consument daaruit voortvloeien, zodat hij daar kennis van kan nemen.”

- 4.8.2 Leveranciers van goederen kunnen ook verplicht zijn om als ‘kredietbemiddelaar’ deze informatie te verstrekken, alhoewel de Richtlijn hen daartoe niet verplicht wanneer zij bij wijze van nevendienst als kredietbemiddelaar optreden. In dat laatste geval rust de verplichting om de informatie te verstrekken op de kredietgever (die dat bijvoorbeeld via de leverancier kan doen):

“(24) De consument moet uitgebreid worden geïnformeerd voordat hij de kredietovereenkomst sluit, ongeacht of bij de verkoop van het krediet een kredietbemiddelaar betrokken is. Daarom moeten de voorschriften inzake precontractuele informatie in het algemeen ook gelden voor kredietbemiddelaars. Indien leveranciers van goederen of diensten echter bij wijze van nevenactiviteit als kredietbemiddelaar optreden, dienen deze niet te worden belast met de juridische verplichting de precontractuele informatie overeenkomstig deze richtlijn te verstrekken. Leveranciers van goederen of diensten kunnen, bijvoorbeeld, als kredietbemiddelaars in een nevenfunctie worden beschouwd als zij bedrijfs- of beroepsmatig niet in hoofdzaak als kredietbemiddelaar optreden. In deze gevallen wordt toch nog een voldoende niveau van consumentenbescherming bereikt, aangezien de kredietgever er verantwoordelijk voor is dat de consument de volledige precontractuele informatie krijgt, hetzij van de bemiddelaar indien de kredietgever en de bemiddelaar dit overeenkomen, hetzij op een andere passende wijze.”

Dit kan zich voordoen in een situatie van koop op afbetaling. Ook dan gelden de voorschriften van de Richtlijn, behoudens wanneer sprake is van een ‘zacht krediet’.

- 4.8.3 Uit de considerans blijkt dat het bij de (pre-)contractuele informatie over de contante prijs in het bijzonder gaat om het aspect van wilsvorming door de consument.
- 4.8.4 Blijkens de rechtspraak van het HvJEU moet worden onderscheiden tussen de precontractuele informatieplichten en de kredietwaardigheidsstoets van art. 8 Richtlijn 2008/48/EG (omgezet in 4:34 Wft). Het hof overwoog in de zaak CA Consumer Finance/Bakkaus c.s.:²⁰

“42 Deze verplichting tot het verstrekken van een passende toelichting [art. 5 lid 6 Richtlijn; A-G] heeft dus tot doel de consument in staat te stellen een geïnformeerd besluit te nemen over het afsluiten van een bepaald soort kredietovereenkomst.

43 Daarentegen beoogt de in artikel 8, lid 1, van richtlijn 2008/48 vastgestelde verplichting om de kredietwaardigheid van de consument te beoordelen, zoals in punt 35 van het onderhavige arrest reeds is uiteengezet, de kredietgever een verantwoordelijkheidsbesef bij te brengen en te voorkomen dat hij een lening verleent aan consumenten die niet kredietwaardig zijn.

44 De artikelen 5 en 8 van deze richtlijn strekken ertoe te waarborgen dat alle consumenten in de Unie een hoog en gelijkwaardig niveau van bescherming van hun belangen genieten.

45 Hoewel beide verplichtingen precontractueel van aard zijn, aangezien zij dienen te worden nagekomen voordat de kredietovereenkomst wordt gesloten, blijkt noch uit de bewoordingen noch uit de doelstellingen van de artikelen 5 en 8 van richtlijn 2008/48 dat de beoordeling van de financiële situatie en de behoeften van de consument moet worden verricht vóórdat een passende toelichting wordt verstrekt. Er bestaat in beginsel geen verband tussen de twee

verplichtingen die in deze artikelen van die richtlijn zijn vastgesteld. De kredietgever kan de consument een toelichting geven die uitsluitend op de door deze laatste verstrekte gegevens is gebaseerd, teneinde de consument in staat te stellen een beslissing over het soort kredietovereenkomst te nemen, zonder dat hij verplicht is om vooraf diens kredietwaardigheid te beoordelen. De kredietgever moet evenwel rekening houden met de beoordeling van de kredietwaardigheid van de consument voor zover de verstrekte toelichting ten gevolge van deze beoordeling dient te worden aangepast.”

4.8.5 Lindorff benadrukt (SO nrs. 23 en 37) dat het blijkens HR 13 juni 2014, rov. 3.4.3, bij de bedoelde wettelijke regelingen gaat om bepalingen die ten doel hebben consumenten te beschermen, met name tegen overkreditering. Die overweging betreft echter (onder meer) de strekking van Richtlijn 2008/48/EG en titel 7.2A als zodanig en niet specifiek het voorschrift van art. 7:61 lid 2 BW. Uw Raad verbond eraan de gevolgtrekking dat bij het vaststellen van de strekking van de desbetreffende overeenkomsten bijzonder gewicht toekomt aan het perspectief en de belangen van de consument. Aan het arrest van 13 juni 2014 kan daarom geen argument worden ontleend ten gunste van de gedachte dat ook art. 7:61 lid 2 BW zou zien op het aspect van het voorkómen van overkreditering.

4.9 Bij vermelding van uitsluitend een all-in prijs voor de mobiele telefoon en het telefonieabonnement (en eventueel bepaalde niet variabele belkosten) tezamen blijft (onder meer) de contante prijs van het toestel voor de consument onduidelijk. Er is geen aanwijzing om aan te nemen dat van de eis om deze informatie te vermelden, zou mogen worden afgeweken indien het gaat om een all-in prijs. Met name de gedachte dat de consument weet waaraan hij toe is omdat hij het te betalen maandbedrag kent, is daartoe onvoldoende. Dan nog weet de consument niet wat hij voor de telefoon betaalt (en als krediet verkrijgt), terwijl de Richtlijn en Titel 7.2A BW voorschrijven dat de consument die informatie wordt gegeven. De bescherming van de consument tegen overkreditering, waarop Lindorff wijst, staat hier los van.

Artikel 7A:1576 lid 2 BW

4.10 In mijn conclusie voor HR 13 juni 2014 ben ik sub 3.6. e.v. ingegaan op deze bepaling. Ik vermeld daaruit het volgende.

De bepaling dat de overeenkomst niet van kracht is voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald, is in 1992 ingevoegd om aan te geven dat art. 7:4 BW niet past bij situaties van koop op afbetaling. De vaststelling van de betalingstermijnen, ook wat de omvang betreft, werd essentieel geacht.

Art. 7A:1576 lid 2 BW is in de rechtspraak op verschillende manieren toegepast in telefoonzaken, namelijk: (i) er is geen overeenkomst; (ii) er is een overeenkomst omdat de betalingsverplichting blijkt uit de maandelijkse abonnementskosten gedurende de minimumduur van het abonnement, waaraan niet afdoet dat de prijs ook ziet op het gebruik van het telecommunicatienetwerk; en (iii) het beroep op art. 7A:1576 lid 2 BW is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wanneer de consument de telefoon behoudt en zich eerst na geruime tijd in de procedure op het geheel ontbreken van een overeenkomst beroept. Ik heb in mijn genoemde conclusie sub 3.8.3 een voorkeur uitgesproken voor redenering (ii).

4.11 Ik lees in rov. 3.6 van HR 13 juni 2014 een verwerping van redenering (ii). Uw Raad wees op de mogelijkheid dat het gedeelte van de overeenkomst dat betrekking heeft op het verlenen van telecommunicatiediensten zou kunnen blijven voortbestaan “ook voor zover een telefoonabonnement inclusief toestel ingevolge art. 7A:1576 lid 2 BW niet van kracht is geworden omdat de door de consument te betalen koopprijs voor de mobiele telefoon niet in de overeenkomst is bepaald”. Een dergelijke overweging zou niet nodig zijn, indien aan het voorschrift van art. 7A:1576 lid 2 BW zou zijn voldaan met een all-in prijs voor het toestel en de telecommunicatiediensten. Het arrest van 13 juni 2014 zag immers ook op overeenkomsten waarin een prijs was vermeld die niet alleen zag op de telecommunicatiediensten (zoals bepaalde aanbieders destijds betoogden) maar ook op het toestel (ook als was dat volgens die aanbieders destijds ‘gratis’).

4.12 Na het arrest van 13 juni 2014 is overigens twijfel blijven bestaan over deze vraag. Enerzijds is daarin gelezen dat Uw Raad in rov. 3.6 van het arrest van 13 juni 2014 op dit punt een beslissing heeft genomen, welke meestal wordt vertaald in termen van partiële vernietigbaarheid.²¹

4.13 Maar ook is geoordeeld dat met een all-in prijs aan het voorschrift van art. 7A:1576 lid 2 BW is voldaan om de redenen die de verwijzende rechter in zijn tussenvonnissen van 8 juli 2015, rov. 3.6, heeft genoemd.²² Die redenen nopen niet tot een andere lezing van het arrest van 13 juni 2014 dan bij 4.11 werd vermeld.

De verwijzing naar op HR 13 juni 2014, rov. 3.5.1-3.5.2, komt mij in dit verband niet als beslissend voor. Die overwegingen over de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid en de verwachting van de consument dat in de overeengekomen maandelijkse betalingen een vergoeding voor de mobiele telefoon is verwerkt, zijn gegeven in verband met de vraag of sprake is van koop op afbetaling respectievelijk krediet, ondanks de vermelding door de aanbieder dat de telefoon 'gratis' is. Zij moeten, zo begrijp ik, in dit verband worden gelezen en niet in verband met art. 7A:1576 lid 2 BW.

Het argument dat de maandelijks verschuldigde prijs eenvoudig is te bepalen door de nieuwwaarde van het telefoontoestel te delen door het aantal maanden waarvoor het contract is aangegaan, gaat wellicht op in het kader van de financiële afwikkeling van de overeenkomst (met name als de rechter gebruik maakt van de door art. 6:97 BW geboden ruimte om de schade te begroten). Als aangrijpingspunt voor de beoordeling van het voorschrift van art. 7A:1576 lid 2 BW lijkt het mij moeizamer. Dit argument veronderstelt immers dat de waarde van het toestel bij het sluiten van de overeenkomst aan de consument bekend is. Dat is nu juist problematisch in gevallen als de onderhavige waarin de aanbieder bij het aangaan van de overeenkomst niet vermeldt welke prijs hij aan het toestel toekent (vgl. bij 4.3.1-4.3.3) en de consument dat dan ook niet weet. Als een all-in prijs niet volstaat om te voldoen aan het voorschrift van art. 7A:1576 lid 2 BW, dan moet een toestelprijs worden genoemd om aan dat voorschrift te voldoen.

4.14 In verband met de bij 4.10 bedoelde redenering (iii) verwijs ik naar de bespreking van vraag e.

Slotsom

4.15 Art. 7:61 lid 2, aanhef en onder e, BW vereist dat in de kredietovereenkomst op duidelijke en beknopte wijze wordt vermeld in geval van een krediet in de vorm van uitstel van betaling voor een goed of een dienst, dan wel van een gelieerde kredietovereenkomst, het goed of de dienst ter financiering waarvan het krediet strekt en de contante prijs daarvan.

Volgens art. 7A:1576 lid 2 BW is de overeenkomst van koop op afbetaling niet van kracht voordat partijen de door de koper te betalen koopprijs hebben bepaald.

Aan de eisen van art. 7:61 lid 2 en 7A:1576 lid 2 BW is niet voldaan wanneer in de overeenkomst slechts een all-in prijs is bepaald voor de mobiele telefoon, het telefonieabonnement en eventueel bepaalde niet-variabele belkosten tezamen.

5 Beantwoording van vragen a-c

Inleiding

5.1 De vragen onder a-c lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Omdat art. 7:61 lid 2 BW later is toegevoegd aan vraag a, meen ik dat het ook zinvol is om vragen b en c te bespreken indien het antwoord op vraag a bevestigend zou luiden.

Deze vragen stellen aan de orde de rechtsgeldigheid van overeenkomsten in strijd met de art. 7:61 lid 2 en 7A:1576 lid 2 BW en de eventuele taak van de rechter om deze strijdigheid ambtshalve vast te stellen en daaraan ambtshalve bepaalde rechtsgevolgen te verbinden, al dan niet in een verstekzaak.

Hierbij speelt dat art. 7:61 lid 2 BW een omzetting is van een EU-richtlijn op het gebied van het consumentenrecht zodat om die reden een plicht tot ambtshalve toetsing in beeld komt. De koop op afbetaling daarentegen is van louter nationale origine, zodat een eventuele ambtshalve toetsing van art. 7A:1576 lid 2 BW afzonderlijk beoordeeld moet worden.

Art. 7:61 lid 2 BW

5.2.1 Art. 22 lid 2 Richtlijn 2008/48/EG verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat de consument geen afstand kan doen van de rechten die hem in de Richtlijn worden toegekend.

5.2.2 De richtlijn verplicht niet tot een bepaalde sanctie voor schendingen. De considerans vermeldt:

“(30) Deze richtlijn strekt niet tot regulering van de verbintenisrechtelijke voorschriften betreffende de geldigheid van overeenkomsten. Derhalve mogen de lidstaten op dat gebied nationale voorschriften handhaven of invoeren, mits deze in overeenstemming zijn met de Gemeenschapswetgeving. De lidstaten mogen zelf de wettelijke regeling vaststellen die van toepassing is op het aanbod tot het sluiten van de kredietovereenkomst, met name wanneer dat moet worden gegeven en hoe lang dat bindend is voor de kredietgever. Indien dat aanbod samenvalt met het moment waarop de bij deze richtlijn voorgeschreven precontractuele informatie wordt verstrekt, dan moet deze, net als andere extra informatie die de kredietgever aan de consument wil geven, worden verstrekt in een afzonderlijk document dat aan de Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet kan worden gehecht.

(...)

(35) In het geval van een consument die een kredietovereenkomst herroept in verband waarmee hij goederen heeft ontvangen, met name een koop op afbetaling of een huur- of leasingovereenkomst die een koopverplichting omvat, dient deze richtlijn de regelgeving van de lidstaten inzake de teruggave van de goederen of daarmee samenhangende aangelegenheden onverlet te laten.”

5.2.3 Art. 23 Richtlijn bepaalt wel dat de lidstaten regels moeten vaststellen inzake de sancties die gelden voor inbreuken op de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, en dat zij de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat deze sancties worden toegepast. De sancties moeten verder “doeltreffend, evenredig en afschrikkend” zijn.²³

5.3.1 Volgens art. 7:73 lid 1 BW kan van het bepaalde bij titel 7.2A BW niet ten nadele van de consument worden afgeweken. De rechtsgevolgen van schending van een bepaling van titel 7.2A dienen per bepaling te worden bezien.

Zo wordt schending van de precontractuele informatieplichten van art. 7:60 geduid als een oneerlijke handelspraktijk (art. 7:60 lid 3 BW) en dus als een onrechtmatige daad. Bovendien is volgens art. 6:193j lid 3 BW, welke bepaling in werking is getreden op 13 juni 2014, een overeenkomst die als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, vernietigbaar.

5.3.2 Titel 7.2A BW bevat geen sanctiebepaling die de gevolgen van schending van de informatieverplichtingen uit art. 7:61 lid 2 BW regelt. In geval van niet-nakoming van die informatieverplichtingen heeft de consument volgens de MvT de keuze tussen vernietiging van de overeenkomst op de voet van art. 3:40 lid 2 BW, schadevergoeding wegens een tekortkoming in de zin van art. 6:74 BW, of gehele of gedeeltelijke ontbinding wegens een tekortkoming in de zin van art. 6:265 BW, eventueel met schadevergoeding.²⁴ Het niet vermelden van de contante prijs als bedoeld in art. 7:61 lid 2, aanhef en onder e, BW laat zich dus onder meer vertalen in vernietigbaarheid.²⁵

5.4 Tegen deze achtergrond rijzen twee vragen: (i) moet de rechter ambtshalve toetsen of aan het voorschrift van art. 7:61 lid 2, aanhef en onder e, BW is voldaan en, bij schending daarvan, (ii) mag of moet de rechter ambtshalve de (krediet)overeenkomst voor wat betreft het toestel vernietigen?

5.5.1 Het HvJEU heeft meermalen geoordeeld dat de beschermingsbepalingen van de Richtlijn consumentenkrediet de nationale rechter in staat stellen om de bepalingen ter omzetting in nationaal recht van het beschermingsstelsel uit de richtlijn ambtshalve toe te passen.²⁶ Er is geen reden om niet hetzelfde aan te nemen voor Richtlijn 2008/48/EG.²⁷

5.5.2 Daarbij heeft het HvJEU ook het oog op nationale bepalingen die een sanctie stellen op schendingen van een bepaling (ter omzetting) van de richtlijn ook wanneer de richtlijn zelf niet een bepaalde sanctie voorschrijft.²⁸ Zo oordeelde het HvJEU in de zaak Pohotovost (2010), punt 71, dat de vermelding van het jaarlijkse kostenpercentage (JKP) in de zin van art. 4 lid 2 onder a van Richtlijn 87/102 (zie thans art. 10 lid 2 onder g van Richtlijn 2008/48/EG en art. 7:61 lid 2 onder h BW) in het kader van deze richtlijn van “essentieel belang” is. Dat is niet alleen relevant met het oog op de vraag of sprake is van een oneerlijk beding (punten 71-73), maar kan ook los daarvan gevolgen hebben (punten 74-76):

70 Deze voorlichting van de consument over de totale kosten van het krediet, in de vorm van een rentevoet die volgens één wiskundige formule is berekend, is dus uiterst belangrijk. Deze informatie, die volgens artikel 3 van richtlijn 87/102 vanaf het stadium van de reclamemededeling moet worden verstrekt, draagt bij tot de doorzichtigheid van de markt aangezien zij de consument in staat stelt kredietaanbiedingen te vergelijken. Voorts kan de consument aan de hand daarvan beoordelen waartoe hij zich verbindt (arrest Cofinoga, reeds aangehaald, punt 26).

71 Bijgevolg kan in een situatie als die in het hoofdgeding het ontbreken van het JKP in de betrokken kredietovereenkomst, waarvan de vermelding in het kader van richtlijn 87/102 van essentieel belang is, een beslissende factor zijn voor een nationale rechter die beoordeelt of een in een kredietovereenkomst opgenomen beding dat betrekking heeft op de kosten van dat krediet, maar waarin een dergelijke vermelding ontbreekt, duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd in de zin van artikel 4 van richtlijn 93/13.

72 Zo dit niet het geval is, mag een nationale rechter beoordelen of een dergelijk beding een oneerlijk karakter heeft in de zin van artikel 3 van richtlijn 93/13. Zelfs al kan dat beding aldus worden opgevat dat het onder de in dat artikel voorziene uitsluiting valt, dan nog ontsnappen de in artikel 4, lid 2, van deze richtlijn bedoelde bedingen, ook al vallen zij binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13, namelijk enkel aan de beoordeling van hun oneerlijke karakter voor zover de bevoegde nationale rechter, na een beoordeling per geval, zou oordelen dat zij door de verkoper duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd (zie arrest van 3 juni 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 32).

73 In het hoofdgeding kan bijgevolg een onderzoek van het oneerlijke karakter van het in de kredietovereenkomst opgenomen beding waarin het JKP niet is vermeld, in het licht van richtlijn 93/13 in overweging worden genomen, en in dat verband is de nationale rechter, zoals vastgesteld in punt 53 van de onderhavige beschikking, bevoegd om een dergelijk beding ambtshalve te beoordelen. Zoals uiteengezet in punt 60 van deze beschikking, staat het in een dergelijke situatie aan de verwijzende rechter om in het licht van alle omstandigheden rond de sluiting van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst, te beoordelen of het ontbreken van het JKP in een beding in een consumentenkredietovereenkomst dat betrekking heeft op de kosten van dat krediet, aan dat beding een oneerlijk karakter in de zin van de artikelen 3 en 4 van richtlijn 93/13 kan verlenen.

74 Uit de informatie die door de verwijzende rechter is verstrekt, blijkt evenwel dat een consumentenkredietovereenkomst overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 258/2001 waarbij richtlijn 87/102 is omgezet, een opgave van het JKP moet bevatten en dat bij ontbreken daarvan het verstrekte krediet rente- en kostenvrij wordt geacht.

75 Artikel 14 van voornoemde richtlijn legt de lidstaten de verplichting op om er zorg voor te dragen dat de kredietovereenkomsten niet ten nadele van de consument afwijken van de bepalingen van het nationale recht die uitvoering geven aan of overeenstemmen met deze richtlijn.

76 In omstandigheden als die in het hoofdgeding moet richtlijn 87/102, zonder dat in het licht van richtlijn 93/13 moet worden onderzocht of het beding waarin de vermelding van het JKP achterwege is gelaten, een oneerlijk karakter heeft, derhalve aldus worden uitgelegd dat zij de nationale rechter in staat stelt om de bepalingen tot omzetting in nationaal recht van artikel 4 van eerstgenoemde richtlijn, volgens dewelke het ontbreken van de vermelding van het JKP in een consumentenkredietovereenkomst ertoe leidt dat het verstrekte krediet rente- en kostenvrij wordt geacht, ambtshalve toe te passen (zie naar analogie met betrekking tot artikel 11, lid 2, van richtlijn 87/102, arrest Rampion en Godard, reeds aangehaald, punt 69)."

5.5.3 In de zaak *Martín Martín* (2009) vroeg de Spaanse appelrechter of hij (i) ambtshalve mocht toetsen aan de in art. 4 van Richtlijn 85/577/EEG²⁹ bedoelde verplichting van de colporteur om de consument te wijzen op diens bedenktijd en (ii) ambtshalve de overeenkomst nietig mocht verklaren ook al vereist de Spaanse wet dat de consument een beroep deed op de

nietigheid. Het HvJEU overwoog ten aanzien van punt (i):³⁰

“28. Deze bepaling raakt bijgevolg het openbaar belang dat kan rechtvaardigen dat de nationale rechter actief ingrijpt in de zin van de in punt 20 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak om het gebrek aan evenwicht tussen de consument en de handelaar in het kader van buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten te compenseren.

29. In deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat de nationale rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt, ambtshalve de schending van artikel 4 van de richtlijn kan vaststellen indien de consument niet naar behoren over zijn opzeggingsrecht is voorgelicht.”

en ten aanzien van punt (ii):

“31 Dienaangaande heeft het Hof gepreciseerd dat artikel 4, derde alinea, van de richtlijn het weliswaar aan de lidstaten overlaat om de gevolgen van de niet-nakoming van de informatieplicht te regelen, maar dat de nationale rechters bij wie een geding tussen particulieren aanhangig is gemaakt, het gehele nationale recht zo veel mogelijk in het licht van de bewoordingen en de doelstelling van de richtlijn moeten uitleggen om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het daarmee beoogde doel (zie in het bijzonder in die zin arrest van 25 oktober 2005, Schulte, C-350/03, Jurispr. p. I-9215, punten 69, 71 en 102 (NJ 2006, 279; red.)).

32 In dit verband dient te worden opgemerkt dat met de uitdrukking ‘passende bepalingen ter bescherming van de consument’ in artikel 4, derde alinea, van de richtlijn aan de nationale autoriteiten een beoordelingsmarge wordt verleend bij de bepaling van de gevolgen die aan een gebrek aan voorlichting dienen te worden verbonden, met dien verstande dat hiervan gebruik moet worden gemaakt conform het doel van de richtlijn, teneinde een — aan de specifieke omstandigheden van elk geval aangepaste — bescherming van de consument te verzekeren.

33 Voorts voert de richtlijn een minimale harmonisatie door, aangezien zij volgens artikel 8 ervan niet belet dat de lidstaten gunstiger bepalingen vaststellen of handhaven met het oog op de bescherming van de consument op het gebied dat door deze richtlijn wordt bestreken (zie in die zin arrest Hamilton, reeds aangehaald, punt 48).

34 In deze omstandigheden kan een maatregel zoals die welke door de verwijzende rechter wordt overwogen, die erin bestaat dat de litigieuze overeenkomst nietig wordt verklaard, als „passend” in de zin van bovengenoemd artikel 4, derde alinea, worden gekwalificeerd, voor zover hij de niet-nakoming van een verplichting bestraft waarvan de vervulling, zoals in de punten 26 en 27 van het onderhavige arrest is opgemerkt, essentieel is voor de wilsvorming van de consument en voor het bereiken van het door de gemeenschapswetgever gewenste beschermingsniveau.

35 Ten slotte dient te worden gepreciseerd dat deze conclusie niet uitsluit dat dit beschermingsniveau eveneens kan worden gewaarborgd via andere maatregelen, zoals de heropening van de termijnen voor het opzeggen van de overeenkomst, waardoor de consument in staat wordt gesteld het hem bij artikel 5, lid 1, van de richtlijn verleende recht uit te oefenen. Voorts moet de nationale rechter bij wie een zaak aanhangig is gemaakt in bepaalde omstandigheden mogelijk ook rekening houden met het feit dat de consument niet wil dat de betrokken overeenkomst nietig wordt verklaard (zie naar analogie arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, Jurispr. p. I-00000, punt 33).”

5.5.4 Ook uit het arrest Duarte Hueros/Autociba³¹ (2013) blijkt dat het HvJEU van lidstaten effectieve passende maatregelen tegen schendingen van consumentenbeschermende richtlijnen verlangt. In deze zaak had consument Duarte Hueros wegens een lek in het dak recht op een redelijke vermindering van de koopprijs van de auto die hij van Autociba had gekocht. Duarte Hueros vorderde alleen ontbinding van de overeenkomst, maar de non-conformiteit was te gering om ontbinding van de overeenkomst te rechtvaardigen. Het Hof oordeelde dat Richtlijn 1999/44/EG inzake de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen zich verzet tegen een regeling

van een lidstaat waarbij de nationale rechter, wanneer een consument die recht heeft op een redelijke vermindering van de in de koopovereenkomst vastgestelde prijs van een zaak enkel ontbinding van de overeenkomst vordert, maar de overeenkomst niet kan worden ontbonden omdat de non-conformiteit van de zaak gering is, niet ambtshalve een dergelijke vermindering kan toewijzen, hoewel de consument zijn oorspronkelijke vordering niet nader mag specificeren en evenmin een nieuwe procedure aanhangig mag maken.

5.5.5 In zijn arrest Faber/Hazet Ochten van 4 juni 2015 overwoog het HvJEU meer in het algemeen: ³²

“42 In feite heeft het Hof op grond van het effectiviteitsbeginsel en niettegenstaande strijdige bepalingen van nationaal recht geëist dat de nationale rechter een aantal bepalingen van richtlijnen van de Unie inzake consumentenbescherming ambtshalve toepast. Die eis is gerechtvaardigd door de overweging dat het door die richtlijnen uitgewerkte beschermingsstelsel op de gedachte berust dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan de verkoper beschikt en dat er een niet te verwaarlozen gevaar bestaat dat de consument met name uit onwetendheid geen beroep zal doen op de rechtsregel die ertoe strekt hem te beschermen [zie in die zin met betrekking tot richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB L 95, blz. 29) arrest Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en met betrekking tot richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet (PB 1987, L 42, blz. 48) arrest Rampion en Godard, C-429/05, EU:C:2007:575, punt 65].

43 Het Hof heeft verklaard dat elk geval waarin de vraag rijst of een nationale procedureregule de toepassing van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet worden onderzocht rekening houdend met de plaats van die bepaling in de gehele procedure en met het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure voor de verschillende nationale instanties (zie met name arrest Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Procedureregels die, zoals het geval kan zijn in het hoofdgeding, zowel de rechter in eerste aanleg als de rechter in hoger beroep, die uitspraak moeten doen over een garantieverzoek op grond van een koopovereenkomst, verbieden om op basis van de gegevens, feitelijk en rechtens, waarover zij beschikken of op eenvoudig verzoek om verduidelijkingen kunnen beschikken, de betrokken contractuele verhouding als een consumentenkoop aan te merken wanneer de consument zich niet uitdrukkelijk op die hoedanigheid heeft beroepen, zouden betekenen dat de consument wordt verplicht om zijn situatie zelf volledig juridisch te kwalificeren, omdat hij anders de rechten verliest die de wetgever van de Unie hem bij richtlijn 1999/44 wou toekennen. Op een gebied waarop de procedureregels in veel lidstaten particulieren toestaan om zichzelf voor de rechter te vertegenwoordigen, bestaat er een niet te verwaarlozen gevaar dat de consument met name uit onwetendheid niet in staat is om aan die strenge eisen te voldoen.”

De in overweging 44 genoemde drempel speelt ook in zaken als de onderhavige: van de consument die een abonnement met een 'gratis' telefoon aangaat, wordt verwacht dat hij zich bewust is van de mogelijkheid dat sprake is van een kredietovereenkomst die niet aan de dwingendrechtelijke eisen voldoet en dus vernietigbaar is.

5.6 Uit het voorgaande volgt dat voor zover een overeenkomst ook een kredietovereenkomst inhoudt, de rechter in staat is om de omzettingbepalingen ambtshalve toe te passen. Het HvJEU lijkt deze benadering eerder te baseren op het effectiviteits- ofwel doeltreffendheidsbeginsel dan op de gedachte dat sprake is van bepalingen die gelijkwaardig zijn aan bepalingen die volgens het nationale recht hebben te gelden als van openbare orde; in punt 42 van het arrest Faber/Hazet wordt het arrest Rampion (waarop de zaak Pohotovost weer voortbouwt) immers expliciet ingekaderd in het effectiviteitsbeginsel.³³ De route via het gelijkwaardigheidsbeginsel en (te kort gezegd) de openbare orde is, hoewel niet exclusief, prominent aanwezig bij de toetsing van oneerlijke bedingen.³⁴

5.7 De zojuist bedoelde ambtshalve toepassing betreft, zoals werd opgemerkt bij 5.4, in de eerste plaats de toetsing of is voldaan aan het voorschrift van art. 7:61 lid 2, aanhef en onder e, BW. In zoverre

moet vraag a bevestigend worden beantwoord.

5.8.1 Zij betreft in de tweede plaats de vraag welke rechtsgevolgen naar nationaal recht moeten worden verbonden aan het niet in acht nemen van dat voorschrift.

De rechtsgevolgen van schending van art. 7:61 lid 2 BW omvatten onder meer de mogelijkheid van vernietiging van de overeenkomst. Maar ook is denkbaar dat wordt uitgegaan van het bestaan van een tekortkoming en dat daarom sprake is van schadevergoeding en/of ontbinding.

De ambtshalve toetsende rechter kan per zaak de in Unierechtelijke zin meest 'effectieve en passende maatregel' onder deze routes kiezen als sanctie op de vastgestelde schending(en). Nu de maatregel aan de specifieke omstandigheden van het geval moet worden aangepast, is er geen standaardantwoord op de vraag welke gevolgen de rechter aan een schending van art. 7:61 lid 2 BW moet verbinden.

5.8.2 Men kan daarom niet zeggen dat het Unierecht de Nederlandse rechter ertoe verplicht om ambtshalve de kredietovereenkomst te vernietigen en zo bezien kan men evenmin zeggen dat strijd met art. 7:61 lid 2 BW leidt tot nietigheid van de kredietovereenkomst. Hierop wijst Lindorff terecht (SO nrs. 22 en 32, slot). In zoverre moet vraag a ontkennend worden beantwoord.

5.8.3 Wel kan men zeggen dat het Unierecht de Nederlandse rechter daartoe in staat stelt. Het Nederlandse recht biedt daartoe naar mijn mening de ruimte. Daaraan staat niet in de weg dat op vernietigbaarheid normaliter een beroep moet worden gedaan door de daartoe bevoegde partij. Art. 3:40 lid 2 BW voorziet immers ook in de variant dat de vernietigbaarheid tevens ambtshalve door de rechter kan worden toegepast.³⁵

5.9 Het voorgaande geldt ook in verstekzaken en kan dan worden gebaseerd op art. 139 Rv. Daartoe is naar mijn mening niet nodig, dat wordt vastgesteld dat hier gaat om recht dat gelijkwaardig is aan de nationale regels van openbare orde. Weliswaar verwees het arrest Heesakkers/Voets, rov. 3.9.2, naar de openbare orde, maar dat komt omdat de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen blijkens dat arrest op die grondslag berust. De mogelijkheid van ambtshalve toetsing berust in verband met de sanctionering van de Richtlijnen over consumentenkrediet respectievelijk kredietovereenkomsten op een andere grondslag (zie bij 5.6). Voort verwijs ik naar 5.21.

5.10 Vraag c ziet tevens op de krediettransactie in de zin van de WCK. Daarvoor geldt mutatis mutandis hetzelfde als ten aanzien van art. 7:61 lid 2 BW, met dien verstande dat de rechter dan zal moeten uitgaan van de rechtsgevolgen die waren verbonden aan schendingen van de WCK. Het voorschrift van art. 30 lid 3, aanhef en onder d, WCK dat de akte bij goederenkrediet de contantprijs van de zaak bevat, werd naar mijn mening niet met vernietigbaarheid bedreigd. Ik verwijs naar mijn conclusie sub 3.12.1-3.12.4 en 3.19.3 voor HR 13 juni 2014.

5.11 Lindorff heeft bedenkingen tegen de gedachte dat de rechter de kredietovereenkomst voor het toestel wegens strijd met het bepaalde in art. 7:61 lid 2 BW zou kunnen vernietigen.

5.12.1 Ten eerste betwijfelt Lindorff of de rechter wel mag aannemen dat art. 7:61 lid 2 BW van toepassing is, gegeven de mogelijkheid dat sprake is van een 'zacht krediet' als bedoeld in art. 7:58 lid 2 onder e BW (SO nr. 29).

5.12.2 Die mogelijkheid staat aan ambtshalve toepassing van de vernietigings sanctie m.i. niet in de weg. Het gaat om een uitzondering op de toepasselijkheid van titel 7.2A BW waarvan de aanbieder dient te stellen en, zo nodig, aannemelijk te maken dat deze opgaat. Hier geldt mutatis mutandis hetgeen Uw Raad overwoog in Heesakkers/Voets, rov. 3.9.1-3.9.2, over de taak van de rechter die overweegt een beding ambtshalve te vernietigen; deze dient het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen en de verschenen partij(en) in de gelegenheid te stellen zich terzake nader uit te laten en, zo nodig, zijn (hun) stellingen aan te passen.

5.13.1 Ten tweede mag de rechter volgens Lindorff, kort gezegd, niet overgaan tot ambtshalve vernietiging nu dit ertoe zou leiden dat de consument het toestel moet teruggeven terwijl niet

vast staat dat de consument dat wil. Denkbaar is dat de consument de voorkeur geeft aan schadevergoeding of ontbinding in plaats van vernietiging. Niet gezegd is dat de consument de overeenkomst niet zou zijn aangegaan bij naleving van de informatieplicht. Op voorhand is aannemelijk dat de consument dit deel van de overeenkomst niet wenst te beëindigen. De consument is de overeenkomst juist met het oog op het toestel aangegaan (SO nrs. 26-27 en 30-33).

5.13.2 Het is inderdaad denkbaar dat de consument in een concreet geval geen vernietiging wenst van het toestelgedeelte van de overeenkomst.

Als de rechter overgaat tot ambtshalve vernietiging, dan dient hij rekening te houden met de mogelijkheid dat de consument niet wil dat de betrokken overeenkomst nietig wordt verklaard. Deze beperking blijkt uit het genoemde arrest Martín Martín en tevens uit de rechtspraak over ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen. Deze beperking brengt niet mee dat de rechter in verstekzaken niet tot ambtshalve vernietiging zou mogen overgaan, omdat de rechter het standpunt van de consument niet kent (vgl. Uw arrest in de zaak Heesakkers/Voets, rov. 3.8 en 3.9.2). Veeleer strekt zij ertoe de consument die in de procedure is verschenen, de mogelijkheid te bieden af te zien van de bescherming die de richtlijn hem biedt.

Uit de zaak Martín Martín blijkt dat de rechter in voorkomende gevallen mag overgaan tot vernietiging van de overeenkomst, in casu het gedeelte van de overeenkomst dat ziet op het krediet. De rechtspraak van het HvJEU beperkt zich niet tot de figuur van vernietiging van bepaalde (oneerlijke) bedingen met instandhouding van de overeenkomst.³⁶

5.13.3 Naar mijn mening kan er niet van worden uitgegaan, de consument in het algemeen geen vernietiging wenst van het toestelgedeelte van de overeenkomst

De overweging dat een consument doorgaans tot het afsluiten van een nieuw telefoonabonnement inclusief toestel overgaat mede met het oog op het in eigendom verkrijgen van een dergelijke mobiele telefoon, ligt ten grondslag aan de kwalificatie van dergelijke overeenkomsten als (onder meer) een kredietovereenkomst (HR 13 juni 2014, rov. 3.5.1-3.5.2).

Men kan niet in abstracto zeggen dat vernietiging van de overeenkomst voor wat betreft het toestel wegens schending van een (pre)contractuele informatieplicht daarom niet aan de orde is. De mogelijkheid bestaat immers dat de consument van de overeenkomst zou hebben afgezien indien hij was geïnformeerd over de relevante kenmerken van het krediet. Indien (onder meer) de toestelprijs afzonderlijk is vermeld, wordt de consument in staat gesteld de toestelprijs en de prijs voor de telecommunicatiediensten afzonderlijk te vergelijken met andere aanbiedingen. In een meer transparante markt kan de consument de verschillende aanbiedingen beter beoordelen en met elkaar vergelijken.

Het argument dat de consument de overeenkomst mogelijk ook zouden hebben gesloten als de informatieplicht was nageleefd (SO nr. 31), doet mijns inziens niet ter zake. Dan was er immers geen probleem.

5.14 Wel kan aan Lindorff kan worden toegegeven dat in de praktijk teruggave van het toestel veelal niet aan de orde zal zijn (zie bij 3.5.2).

Daarin zou de rechter een reden kunnen zien om de kredietovereenkomst, ondanks de door hem ambtshalve geconstateerde schending van art. 7:61 lid 2 BW, niet ambtshalve te vernietigen. Dat leidt er dan waarschijnlijk toe, dat die schending civielrechtelijk verder geen gevolgen heeft in de gevallen waarin de consument zelf zich niet beroept op een rechtsgevolg van die schending. Indien de overeenkomst voor geldig moet worden gehouden omdat de consument zich niet op de ongeldigheid ervan beroept, zou de aanbieder nakoming ervan kunnen vorderen. Een financiële afwikkeling van de overeenkomst conform het oorspronkelijke rapport Ambtshalve toetsing (2010) zou dan praktisch gesproken nog tot de mogelijkheden behoren ook.

De rechter zou in gevallen als het onderhavige echter ook, indachtig de passende maatregel als bedoeld in art. 23 van Richtlijn 2008/28/EG, kunnen meewegen dat vernietiging van de overeenkomst voor zover deze ziet op het toestel een ongedaanmakingsverbintenis voor de consument doet ontstaan. Deze verbintenis houdt in dat hij de mobiele telefoon aan de verkoper moet retourneren. Deze verbintenis zal zich in de praktijk veelal vertalen in een bepaalde financiële afwikkeling van (het toestelgedeelte van) de overeenkomst. Ambtshalve toetsing en vernietiging geeft de rechter de

mogelijkheid om bij de financiële afwikkeling van de overeenkomst te verdisconteren dat de aanbieder niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit hoofde van titel 7.2A BW. Op dit aspect kom ik terug bij de beantwoording van vraag f .

5.15 Ambtshalve toetsing van art. 7:61 lid 2 BW en de rechtsgevolgen daarvan leidt tot een belasting van het rechterlijk apparaat en mogelijk tot complicaties binnen een groot aantal procedures. Dat pleit zeker in verstekzaken voor een voor de praktijk hanteerbare vormgeving daarvan.³⁷

Art. 1576 lid 2 BW

5.16 De vragen a en b stellen voorts aan de orde of de rechter ambtshalve aan art. 1576 lid 2 BW moet toetsen. Deze bepaling heeft geen EU-rechtelijke achtergrond, zodat het antwoord uitsluitend van het Nederlandse recht afhangt.

5.17 Art. 7A:1576 lid 2 BW houdt in dat de overeenkomst van koop op afbetaling "niet van kracht" is voordat de prijs is bepaald.

5.18 De discussie gaat over de vraag of het rechtsgevolg dat in art. 7A:1576 lid 2 BW wordt genoemd, moet worden begrepen als nietigheid dan wel vernietigbaarheid (of een tussenvorm) en om die reden ambtshalve moet worden toegepast. Ik begin met een algemene bespreking van deze vraag en ga daarna afzonderlijk in op verstekzaken. Vervolgens maak ik een opmerking over de samenloop van art. 7:61 lid 2 en 7A:1576 lid 2 BW.

5.19 Ik stel voorop dat het antwoord op de vraag naar mijn mening niet reeds voortvloeit uit het arrest van 13 juni 2014. In rov. 3.6 wordt (in de eerste volzin) in algemene zin gewezen op de mogelijkheid van vernietigbaarheid van de overeenkomst wegens strijd met de in verband met koop op afbetaling, krediettransactie dan wel kredietovereenkomst geldende wettelijke bepalingen. Dat zou erop kunnen wijzen dat ook art. 7A:1576 lid 2 BW leidt tot een vernietigbaarheid, maar noodzakelijk is dat niet gegeven het algemene karakter van deze overweging.

Het vervolg van deze overweging gaat over de partiële ongeldigheid van de overeenkomst. In dat deel van rov. 3.6 lezen sommigen dat Uw Raad het 'niet van kracht worden' van de overeenkomst opvat als een vernietigbaarheid, omdat deze voor de toepassing van art. 3:41 BW daarmee op een lijn wordt gesteld en/of omdat art. 7A:1576 lid 2 BW vooral de koper zou beschermen.³⁸ Anderen lezen daarin een rechtsgevolg dat op een lijn staat met nietigheid.³⁹ Naar mijn mening heeft Uw Raad hiermee geen uitspraak gedaan over de duiding van het rechtgevolg van art. 7A:1576 lid 2 BW,⁴⁰ maar in verband daarmee slechts gewezen op de mogelijkheid dat de overeenkomst niet van kracht is geworden voor wat betreft het toestelgedeelte en overigens wel rechtsgevolgen heeft.

5.20.1 Traditioneel is de maatstaf om te bepalen of art. 7A:1576 lid 2 BW door de rechter ambtshalve moet worden getoetst *buiten de grenzen van de rechtsstrijd* (wat ik hier opvat als: zonder dat de consument er een beroep op heeft gedaan), of de bepaling de *openbare orde* raakt.

5.20.2 Daarvoor is niet voldoende dat de bepaling van dwingend recht is (art. 7A:1576a BW). Evenmin volstaat daarvoor de gedachte dat de sanctie ervan nietigheid is of daarmee moet worden gelijkgesteld. Men vergelijk bijvoorbeeld een bepaling als art. 6 Mededingingswet, welke kort gezegd overeenkomsten in strijd met het mededingingsrecht met nietigheid bedreigt. Een partij zal zich volgens Uw rechtspraak op die nietigheid dienen te beroepen.⁴¹

5.20.3 Een ruimere opvatting wordt verdedigd door Hartkamp: "Ook indien in een procedure geen beroep op nietigheid is gedaan, moet de rechter – indien hij op grond van het procesdossier van de nietigheidsgrond op de hoogte is en zo nodig na discussie met partijen – zich ambtshalve op het standpunt stellen dat de rechtshandeling nietig is."⁴² Voor zover deze opvatting inhoudt dat de rechter ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve de nietigheid van een beding kan vaststellen indien geen sprake is van strijd met de openbare orde, is zij niet door Uw Raad aanvaard.⁴³

5.20.4 Ook zonder dat met zoveel woorden wordt gezegd dat een bepaling de openbare orde raakt, kan haar functie meebrengen dat zij ambtshalve door de rechter moet worden toegepast, zo nodig ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd. Een voorbeeld is art. 1:159 lid 2 BW, dat aldus

moet worden uitgelegd dat het niet-wijzigingsbeding bij alimentatie door het verstrijken van de in deze bepaling bedoelde termijn van drie maanden van rechtswege vervalt, en dat de rechter deze bepaling ambtshalve dient toe te passen. Daarover overwoog HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1970, NJ 2013/463:

“Blijkens de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4 geciteerde passage uit de memorie van toelichting bij genoemde bepaling (Kamerstukken II 1968-1969, 10 213, nr. 3, p. 24) is het, kennelijk met het oog op de ver strekkende gevolgen van een niet-wijzigingsbeding, bij wijze van “veiligheidsklep” nodig geoordeeld dat het beding vervalt indien het echtscheidingsverzoek niet binnen drie maanden na het aangaan van het convenant, waarin het beding is opgenomen, wordt ingediend. Art. 1:159 lid 2 BW moet aldus worden uitgelegd dat het niet-wijzigingsbeding door het verstrijken van de bedoelde termijn van drie maanden van rechtswege vervalt, en dat de rechter deze bepaling ambtshalve dient toe te passen.”⁴⁴

In een recent preadvies merkt het voormalig lid van Uw Raad Asser hierover op:⁴⁵

“De Hoge Raad gebruikt het begrip openbare orde niet, maar dat is niet essentieel. Het effect is hetzelfde. Deze uitspraak betreft wel degelijk particuliere belangen van de partijen. Hier wordt een partij beschermd tegen het prematuur aangaan van een contractsbepaling die verstreckende nadelige gevolgen kan hebben voor de in principe zwakkere partij. Het gaat niet zozeer om ordening van de samenleving maar om zwaarwegend geoordeelde individuele rechtsbescherming.

Wat hier gebeurt, is dat in het kader van de ambtshalve rechtstoepassing en in verband met in het bijzonder de vraag of de rechter voor die toepassing buiten de grenzen van de rechtsstrijd mag treden, een beginsel van effectieve rechtsbescherming zich laat gelden. Dat is op de keper beschouwd natuurlijk een algemeen principe van het civiele procesrecht, maar in bepaalde gevallen zijn de belangen die door die rechtsbescherming worden gediend zo zwaarwegend dat het beschikkingsrecht van individuele partijen ten aanzien van hun rechten en de daaraan verbonden rechtsbescherming (de partijautonomie) daarvoor moet wijken. Zo’n geval doet zich voor als per definitie de autonomie van partijen niet steeds gelijkwaardig is: er is partijautonomie en partijautonomie, om het zo maar eens te zeggen. De partijen die per definitie in hun rechtsverhouding tot de wederpartij zwak staan, verdienen in bepaalde gevallen extra waarborgen in het proces om die bescherming die het recht hun belooft effectief te laten zijn. De zojuist geciteerde uitspraak van de Hoge Raad geeft daarvan een voorbeeld.”

5.20.5 De beperkingen aan de mogelijkheid van ambtshalve toepassing van een bepaling behoeven de rechter overigens niet te belemmeren aan partijen de kwestie voor te leggen of de overeenkomst met (ver)nietig(baar)heid wordt bedreigd, indien daartoe voldoende aanleiding bestaat, waarna de kwestie afhankelijk van de reactie van de betrokken partij(en) alsnog binnen de grenzen van de rechtsstrijd kan komen te vallen.⁴⁶

5.20.6 Of art. 7A:1576 lid 2 BW de openbare orde raakt, is lastig te zeggen. Dit begrip is tamelijk onbepaald. Het lijkt eenvoudiger om te betogen (alhoewel het mogelijk slechts om een verschil in terminologie gaat), dat het gaat om een bepaling van eenzelfde type als art. 1:159 lid 2 BW. Als men meent dat een all-in prijs voor het toestel en de telecommunicatiediensten niet volstaat om te voldoen aan het vereiste van art. 7A:1576 lid 2 BW – hetgeen ik, zoals besproken bij vraag d, afleid uit HR 13 juni 2014 – dan komt het volle gewicht van de strekking van deze bepaling te rusten op het vereiste dat de toestelprijs afzonderlijk moet zijn bepaald. In die interpretatie zou men kunnen zeggen dat niet is voldaan aan een met het oog op de bescherming van de koper op afbetaling noodzakelijk vereiste om de overeenkomst tot stand te doen komen, te weten zekerheid omtrent zijn betalingsverplichting ter zake van het toestel. Nu is het niet (rechtsgeldig) bestaan van een overeenkomst veelal hetzelfde als nietigheid, waarvan zojuist werd opgemerkt dat de rechter zulks niet altijd ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd kan vaststellen.⁴⁷ Het gaat dus uiteindelijk om het gewicht dat men aan dit vereiste zou willen toekennen.

Ik aarzel echter over nut een noodzaak van een dergelijke kwalificatie. In het algemeen zou een kwalificatie die meebrengt dat de rechter deze bepaling ambtshalve moet toepassen grote

gevolgen kunnen hebben voor transacties die als koop op afbetaling moeten worden gekwalificeerd, ook in andere typen zaken dan de onderhavige, terwijl de afbakening van deze categorie (mede in het licht van de strekkingsbepaling van art. 7A:1576 lid 3 BW) nogal onbepaald is. Wat betreft de noodzaak wijs ik op hetgeen ik hierna opmerk bij 5.21 (over verstekzaken) en bij 5.23-5.25.

5.21 Ik kom dan tot de verstekzaken. Daarin moet de rechter de vordering toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Dit impliceert dat in verstekzaken de grenzen wat anders gelegd kunnen worden. Volgens verschillende auteurs biedt art. 139 Rv ook de mogelijkheid om de vordering af te wijzen indien deze nietig is wegens strijd met dwingend recht, ook zonder dat de bepaling van openbare orde is.⁴⁸

Ook los van de vraag hoe het rechtgevolg van art. 7A:1576 lid 2 BW precies moet worden geïdentificeerd, kan de rechter m.i. in een verstekprocedure deze bepaling aan de orde stellen. Ter beantwoording van de vraag of de vordering ongegrond voorkomt, dient de rechter te toetsen of de eiser voldoende heeft gesteld om zijn vordering te kunnen toewijzen. Nu zal de eiser, door zich te beroepen op de rechtsgevolgen van het bestaan van de overeenkomst van koop op afbetaling, veelal (impliciet) stellen dat deze overeenkomst van kracht is geworden. In verstekzaken hoeft de rechter daarmee echter geen genoegen te nemen. Hij heeft een zekere beleidsruimte en kan de stellingen van de eiser kritisch lezen en/of verlangen dat de eiser het stuk produceert waaruit blijkt dat is voldaan aan art. 1576 lid 2 BW.⁴⁹ Met openbare orde heeft dit niets van doen; bij een bepaling van openbare orde heeft de rechter geen beleidsruimte en moet hij zich er ambtshalve van overtuigen dat aan de betreffende bepaling is voldaan.

Het argument dat de rechter juist in verstekzaken niet ambtshalve mag ingrijpen, omdat hij niet weet of de consument van het toestel af wil (Lindorff SO nr. 33) vind ik niet overtuigend. Juist dan gaat het in wezen ook om het bepalen van de uitgangspunten voor de financiële afwikkeling. Zie voorts bij 5.13.2-5.13.3.

5.22 Bij verstekzaken is er mijns inziens daarom geen sprake van een moeten toetsen aan art. 7A:1576 lid 2, maar wel van een kunnen toetsen. Dat strookt qua resultaat met de conclusie die werd bereikt ten aanzien van art. 7:61 lid 2 BW.

Samenloop van art. 7:61 lid 2 en 7A:1576 lid 2 BW

5.23 Uit praktisch oogpunt is voor gelijkheid in resultaat bij de toepassing van deze bepalingen wel iets te zeggen. De rechter dient ambtshalve te toetsen of is voldaan aan het voorschrift van art. 7:61 lid 2, aanhef en onder e, BW en weet dus uit dien hoofde of er al dan niet een toestelprijs is bepaald. Hij kan om die reden de overeenkomst ambtshalve vernietigen. Tegelijkertijd kan hij in verstekzaken constateren dat niet (voldoende is gesteld om aan te nemen dat) is voldaan aan het voorschrift van art. 7A:1576 lid 2 BW zodat de koop op afbetaling niet van kracht is. Daarmee kan de rechter een eenduidige financiële afwikkeling van de betreffende telefoonzaken bereiken.

5.24 Een verschillend resultaat is ook niet per definitie onaanvaardbaar. Als de aanbieder aantoont dat is voldaan aan de voorwaarden voor een 'zacht krediet' dan is titel 7.2A BW (waaronder het voorschrift van art 7:61 lid 2, aanhef en onder e) niet van toepassing. Wel geldt dan nog het voorschrift van art. 7A:1576 lid 2 BW (alsmede de Wft), zoals HR 13 juni 2014, rov. 3.5.4, overwoog. Daarmee blijft (onder meer) deze civielrechtelijke bepaling met haar gevolgen nog bestaan als prikkel om de toestelprijs te vermelden.

5.25 Een volledig gelijke toepassing van beide bepalingen (ongeacht of sprake is van een verstekzaak) kan worden bereikt in de volgende benadering. Gegeven dat de rechter de aanwezigheid van een toestelprijs met het oog op art. 7:61 lid 2 BW ambtshalve moet toetsen, zou een daarbij aansluitende uitleg van art. 7A:1576 lid 2 BW kunnen zijn dat ook deze bepaling, alleen voor consumentengevallen, wordt opgevat als een bepaling die de rechter ambtshalve moet toepassen. Het gevolg is dan, nu art 7A:1576 lid 2 BW slechts één rechtgevolg kent, dat de rechter ambtshalve constateert dat het toestelgedeelte van de overeenkomst niet van kracht is (behoudens indien de consument zich daartegen verzet). Ook dit zou m.i. een passende maatregel zijn als bedoeld Richtlijn 2008/48/EG. Een ambtshalve toepassing van art. 7A:1576 lid 2 BW die louter op deze grondslag berust, zou echter niet aan de orde zijn bij een 'zacht krediet' omdat in dat geval ambtshalve controle door de rechter van vermelding van de toestelprijs door deze richtlijn niet wordt vereist. Dit pleit m.i.

tegen deze benadering.

Richtlijn 2008/48/EG brengt overigens niet mee dat art. 7A:1576 lid 2 BW richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd in die zin, dat waar de Richtlijn geen vermelding van de toestelprijs vereist omdat sprake is van een zacht krediet, art. 7A:1576 lid 2 dat evenmin zou mogen vereisen. Richtlijn 2008/48 strekt blijkens de considerans sub 30 (geciteerd bij 5.2.2) immers niet "tot regulering van de verbintenisrechtelijke voorschriften betreffende de geldigheid van overeenkomsten."

Slotsom

5.26 Het antwoord op de vragen a-c zou naar mijn mening als volgt kunnen luiden.

De rechter die oordeelt dat sprake is van een kredietovereenkomst als bedoeld in titel 7.2A BW is verplicht om ambtshalve te toetsen of aan het bepaalde in art. 7:61 lid 2 BW is voldaan. Indien daaraan niet is voldaan, is de rechter niet verplicht maar wel in staat om, met in achtneming van het beginsel van hoor en wederhoor (vgl. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:691, rov. 3.9.1.-3.9.2), de kredietovereenkomst ter zake van het toestel ambtshalve te vernietigen, tenzij de consument die in de procedure is verschenen, aangeeft daarop geen prijs te stellen. Het voorgaande geldt ook in verstekzaken, in dat geval in het kader van art. 139 Rv.

Hetzelfde geldt voor de rechter die oordeelt dat sprake is van een krediettransactie in de zin van de WCK, met dien verstande dat de rechter dan zal moeten uitgaan van de rechtsgevolgen die waren verbonden aan schendingen van de WCK.

De rechter is niet verplicht om ambtshalve te toetsen of aan het vereiste van art. 7A:1576 lid 2 BW is voldaan. In verstekzaken kan de rechter de vordering voor zover deze is gebaseerd op het bestaan van een overeenkomst van koop op afbetaling ter zake van het toestel als ongegrond afwijzen indien hem niet blijkt dat aan dit vereiste is voldaan.

6 Beantwoording van vraag e

6.1 Vraag e strekt ertoe te vernemen of het intreden van de rechtsgevolgen nietigheid (eventueel: na vernietiging) respectievelijk niet van kracht zijn van de overeenkomst voor zover het betreft het toestelgedeelte, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat deze rechtsgevolgen ertoe zouden leiden dat de consument de beschikking heeft gekregen over het toestel respectievelijk dat heeft afgenomen zonder dat hij daarvoor iets behoeft te betalen.

6.2 De bedoelde rechtsgevolgen treden in omdat de aanbieder niet heeft voldaan aan bepalingen die ertoe strekken de consument-kredietnemer respectievelijk de koper op afbetaling te beschermen. Niet gezegd kan worden dat het bepaalde art. 6:2 lid 2 BW toepassing zou moeten vinden om de enkele reden dat een of meer van deze rechtsgevolgen intreden. Daaraan doet niet af het argument dat de consument heeft verkregen wat hij wilde, namelijk het toestel (Lindorff SO nrs. 43-44).⁵⁰ Ik verwijs naar 5.13.3. Evenmin kan gezegd worden dat de consument daardoor in de positie komt dat hij het toestel (om niet) mag behouden. Ik verwijs naar het antwoord op vraag f.

6.3 Het is weliswaar niet uitgesloten dat het beroep op een wettelijke bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, bijvoorbeeld in de vorm van rechtsverwerking, maar daarvoor is meer nodig dan hetgeen de vraag veronderstelt.

6.4 Het antwoord op vraag e luidt ontkennend.

7 Beantwoording van vraag f

Inleiding

7.1 Vraag f informeert naar de verplichtingen van de consument ten aanzien van het toestel in de situatie dat de overeenkomst voor zover het betreft het toestelgedeelte nietig (eventueel: na vernietiging) respectievelijk niet van kracht is.

- 7.2.1 In dat geval is het toestel zonder rechtsgrond aan de consument gegeven. Van een schenking is immers geen sprake nu de overeenkomst voor wat betreft het toestel in beginsel moet worden aangemerkt als koop op afbetaling en krediet. Op de consument rust dan uit hoofde van art. 6:203 lid 1 BW een verbintenis om het toestel weer terug te geven aan de aanbieder die hem het toestel ter beschikking stelde (dan wel aan degene die hetzij de betreffende vordering(en) van de aanbieder op de consument heeft verkregen hetzij deze ten behoeve van de aanbieder uitoefent).
- 7.2.2 Indien de consument tekortschiet in de nakoming van deze ongedaanmakingsverbintenis dan rust op hem uit hoofde van art. 6:74 e.v. BW de verplichting om de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Daarvoor is vereist (i) dat nakoming van de verbintenis tot ongedaanmaking blijvend onmogelijk is dan wel dat de consument in verzuim is (art. 6:74 lid 2 en 81 e.v. BW) en (ii) dat de consument toerekenbaar tekortschiet (art. 6:74 lid 1 BW).⁵¹ Art. 6:204 lid 1 BW bevat een wettelijke regel als bedoeld in art. 6:75 BW over de toerekenbaarheid van de tekortkoming in de nakoming van de ongedaanmakingsverbintenis uit onverschuldigde betaling. Indien de ontvanger in de periode waarin hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het goed geen rekening behoefde te houden niet als een zorgvuldig schuldenaar voor het goed heeft zorggedragen, wordt hem dit niet toegerekend. Volgens art. 6:205 BW is de ontvanger die het goed te kwader trouw heeft aangenomen (een situatie waarop art. 6:204 BW niet ziet),⁵² zonder ingebrekestelling in verzuim.
- 7.2.3 Wanneer echter de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt dan treedt, voor zover dit redelijk is, vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvoor in de plaats, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten (art. 6:210 lid 2 BW). In beginsel is de waarde van de prestatie als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW die, welke daaraan in het economisch verkeer wordt toegekend ('de marktwaarde').⁵³
- 7.4 Vraag f.I stelt aan de orde of de ongedaanmakingsverbintenis ertoe strekt dat de consument het toestel mag teruggeven in de staat waarin dit zich bevindt, dus in gebruikte staat, respectievelijk of dat het uitgangspunt is voor het bepalen van de vervangende schadevergoeding bij tekortschieten in de nakoming van de ongedaanmakingsverbintenis. Vraag f.II stelt aan de orde of de consument voor het gebruik/genot van de telefoon nog iets zal moeten bijbetalen.
- 7.5 Zie ik het goed, dan neemt Lindorff in wezen het volgende standpunt in. Zij gaat ervan uit dat de consument bij ongedaanmaking geen nieuwe telefoon moet teruggeven, maar de door hem gebruikte telefoon (SO nr. 45 e.v. en met name nrs. 46 en 50). Op basis van dat uitgangspunt verdedigt zij dat de consument voor het gebruik/genot van de telefoon nog iets zal moeten bijbetalen (op basis van art. 6:210 lid 2, art. 6:212, analoge toepassing van art. 6:278 of de redelijkheid en billijkheid). Wordt de telefoon niet teruggegeven dan geldt in deze benadering dat schadevergoeding wordt betaald ter hoogte van de waarde van het toestel in gebruikte staat (vgl. Lindorff SO nr. 45) plus de hiervoor bedoelde bijbetaling.
- 7.6 Daarmee bouwt Lindorff voort op het standpunt dat bijvoorbeeld in het rapport Ambtshalve toetsing (2014) wordt geschetst: de consument mag het toestel teruggeven in de staat waarin het zich bevindt. Hem kan gezien art. 6:204 BW niet verweten worden dat hij het toestel heeft gebruikt, want hij behoefde redelijkerwijs geen rekening te houden met de verplichting tot teruggave (nr. 3.4.5, p. 38).
- 7.7.1 Aan vraag f ligt het feitelijke uitgangspunt ten grondslag dat het toestel (normaliter) in waarde daalt vanaf het moment dat het ter beschikking wordt gesteld aan de consument. Dat lijkt mij een feit van algemene bekendheid of in ieder geval de juiste aanname voor de verdere beantwoording van vraag f.
- 7.7.2 Op het moment dat de vraag aan de orde komt of de consument het toestel zal teruggeven dan wel schadevergoeding zal moeten betalen, is er dus een waardeverlies opgetreden. Men zou dat wellicht kunnen toeschrijven aan het gebruik van het toestel (een gebruikt en dus tweedehands

toestel is minder waard) maar wellicht ook aan in de tijd veranderende marktomstandigheden (aangenomen dat op de markt steeds nieuwe, voor de consument nóg aantrekkelijker modellen beschikbaar komen). De vraag gaat niet op dit onderscheid in (vraag f.II ziet in het bijzonder op het gebruik/genot van de telefoon).

7.7.3 Hoe het waardeverlies zich ontwikkelt, is een feitelijke vraag die zich thans niet laat beantwoorden. Een eenvoudige manier om dit te schatten is door de (door de rechter vastgestelde of geschatte) waarde van de telefoon bij het aangaan van de overeenkomst gedurende de minimumlooptijd van het abonnement per maand evenredig te laten dalen zodat de waarde nul is aan het einde van deze looptijd.

Vraag f.I

7.8 Mag de consument het toestel in gebruikte staat teruggeven?

7.9 De ongedaanmakingsverbintenis strekt zoveel mogelijk tot herstel in de oude toestand, zodat de consument in beginsel het toestel zal moeten teruggeven in de staat waarin hij het heeft ontvangen.⁵⁴ Er moet nu een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds het toestel in gebruikte staat en anderzijds de waardevermindering door het gebruik (dus het verschil tussen de waarde van het toestel in nieuwstaat en de waarde ervan in gebruikte staat).

7.10 Teruggave van het toestel *in gebruikte staat* is in beginsel mogelijk. De consument moet dit volgens art. 6:203 lid 1 BW doen. Dat is in de praktijk niet de standaard situatie.

Geeft de consument het toestel niet terug, dan is hij schadelijktig ten aanzien van de waarde van het toestel in gebruikte staat indien is voldaan aan de eisen van art. 6:74 e.v. BW. Voor schadelijktigheid is vereist hetzij dat teruggave van het gebruikte toestel in het concrete geval onmogelijk is (de consument heeft het bijvoorbeeld aan anderen afgegeven), hetzij dat het verzuim is ingetreden. Het verzuim, indien vereist, treedt niet in op basis van art. 6:205 BW. De consument die het toestel onverschuldigd heeft ontvangen, is immers in beginsel niet te kwader trouw in de zin van die bepaling. Het verzuim kan intreden na ingebrekestelling. Een ingebrekestelling is niet nodig indien blijkt dat aanmaning geen zin heeft of indien een ander reden rechtvaardigt dat het verzuim op enig moment van rechtswege intreedt. Aan het vereiste van toerekenbaarheid ter zake van het niet retourneren van het toestel in gebruikte staat zal in deze gevallen normaliter zijn voldaan.

7.11.1 Wanneer het toestel is gebruikt, verkeert het niet meer in de oorspronkelijke nieuwstaat. Door de hiervoor bij 7.10 besproken teruggave van het toestel in gebruikte staat (respectievelijk schadevergoeding ter zake daarvan) voldoet de consument nog niet volledig aan zijn ongedaanmakingsverbintenis.

Het *in nieuwstaat* retourneren van het toestel is na gebruik blijvend onmogelijk. In beginsel ontstaat daardoor een verplichting tot schadevergoeding. Dat wil echter niet zeggen dat de consument het toestel moet teruggeven én de waardevermindering als schade moet vergoeden. Art. 6:204 lid 1 BW brengt immers mee dat de consument kan volstaan met het teruggeven van de telefoon in gebruikte staat zonder vergoeding voor de waardevermindering die is opgetreden in de in art. 6:204 BW bedoelde periode waarin hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het goed geen rekening behoefde te houden.⁵⁵

7.11.2 Men kan in het algemeen niet zeggen dat de consument reeds vanaf het moment van ontvangst van het toestel rekening moest houden met een verplichting tot teruggave ervan. Een dergelijk uitgangspunt zou niet stroken met (i) het uitgangspunt van het EU-consumentenrecht dat de consument in beginsel niet geacht wordt zijn rechtspositie nauwkeurig te kunnen bepalen en de informatieverplichtingen van de aanbieder/kredietgever uit hoofde van onder meer de Richtlijn 2008/48/EG en titel 7.2A BW; (b) de gedachte dat het nationale recht moet voorzien in een passende sanctie wanneer deze informatieverplichtingen niet in acht zijn genomen; (iii) de omstandigheid dat in een groot aantal gevallen de overeenkomst tussen aanbieder en consument wordt afgewikkeld conform de tussen hen gemaakte afspraken (ongeacht de juridische houdbaarheid van sommige van die afspraken) zodat teruggave van de telefoon dan niet in beeld komt.

7.12 Het antwoord op vraag f.I, aanhef en eerste gedachtestreepje, luidt dus als volgt.

In de situatie dat de overeenkomst voor zover het betreft het toestelgedeelte nietig (eventueel: na vernietiging) respectievelijk niet van kracht is, dient de consument het toestel op grond van art. 6:203 BW terug te geven.

De consument die het toestel niet terug geeft, moet de waarde van het toestel in gebruikte staat vergoeden. Uit de art. 6:74 e.v. BW vloeit voort per welk moment die waarde moet worden bepaald, namelijk per het moment waarop het in het concrete geval onmogelijk werd om het toestel terug te geven dan wel per het moment waarop de consument in verzuim kwam ten aanzien van de verplichting om het toestel terug te geven. Het vaststellen van dat moment vergt een onderzoek naar de omstandigheden van het geval.

Tevens is de consument verplicht de waardevermindering van het toestel ten opzichte van de nieuwstaat te vergoeden vanaf het moment dat hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het toestel rekening moet houden. Dit is niet reeds het moment waarop de consument het toestel in ontvangst neemt. Ook het vaststellen van dit moment vergt een onderzoek naar de omstandigheden van het geval.

7.13 Dit is een antwoord dat de verwijzende rechter nog geen concreet handvat biedt om de vele (verstek)zaken af te wikkelen. Een dergelijk concreet handvat kan ook maar in beperkte mate worden gegeven, omdat niet alle zaken over een kam kunnen worden geschoren.⁵⁶

7.14 De verwijzende rechter vraagt in het volgende opzicht naar een concretisering van het hiervoor geschetste algemene kader: is de consument die niet voldoet aan een vordering van de aanbieder tot teruggave van het toestel verplicht een schadevergoeding te betalen gelijk aan de waarde van het toestel op dat moment (vraag f.I, tweede gedachtestreepje)?

Het antwoord daarop is in beginsel bevestigend. Indien aan de consument een redelijke termijn is gesteld om te voldoen aan zijn verplichting tot teruggave van het toestel (art. 6:82 lid 1 BW) of indien aannemelijk is dat de consument niet in staat is het toestel terug te geven, mag worden aangenomen dat op dat moment het verzuim is ingetreden dan wel teruggave van het gebruikte toestel in het concrete geval onmogelijk is (zoals bedoeld bij 7.10). De rechter zal dan nog wel, zo nodig, de datum moeten bepalen waarop dit moment gelokaliseerd kan worden. Het ligt op de weg van de aanbieder om de rechter daartoe de benodigde informatie te geven.⁵⁷

De rechter kan daarin ook reden zien om aan te nemen dat tot aan dat moment zich nog niet de in art. 6:204 lid 1 BW bedoelde situatie heeft voorgedaan, zodat de waardevermindering tot dat moment voor rekening van de aanbieder blijft.

Uitzonderingen zijn denkbaar, bijvoorbeeld indien de consument zijn verplichting tot teruggave van de telefoon bevoegdlijk opschort.

7.15.1 In alle gevallen zal rekening moeten worden gehouden met eventueel reeds door de consument betaalde termijnen. Ervan uitgaande dat de consument (anders dan de aanbieder hem voorhield) wel voor het toestel heeft betaald, ⁵⁸ dan zal de aanbieder het op dat moment reeds door de consument op het toestel afgeloste bedrag moeten retourneren (bij teruggave van het toestel) of in mindering moeten brengen op haar vordering tot schadevergoeding.⁵⁹ De rechter kan (krachtens art. 139 Rv) de gegrondheid van de vordering van de aanbieder ook in dit opzicht toetsen.

7.15.2 Hieronder geef ik bij 7.28 ter illustratie een rekenvoorbeeld waartoe deze gedachtegang zou kunnen leiden.

7.16 Aanvullend merk ik nog het volgende op.

7.17 Ten eerste: in mijn conclusie voor HR 13 juni 2014 (sub 4.55) plaatste ik een kanttekening bij de gedachte dat de aanbieder zonder meer de nieuwwaarde van het toestel zou kunnen vorderen. Anders dan ik daar opmerkte, meen ik dat het moment waarop de overeenkomst wordt vernietigd minder geschikt is om als handvat voor de waardebepaling te dienen. Vernietiging (dan wel de constatering dat de overeenkomst voor wat betreft het toestelgedeelte niet van kracht is) zal in veel gevallen niet door de consument zelf geschieden maar afhankelijk zijn van het moment van de uitspraak van de rechter. Het hiervoor geschetste stelsel sluit in de kern aan bij het moment waarop de consument

tekortschiet in de nakoming van zijn ongedaanmakingsverbintenis (vgl. sub 7.14).⁶⁰

7.18.1 Ten tweede: ik heb de situatie geanalyseerd aan de hand van de bij 7.2.1-7.2.2 bedoelde uitgangspunten. Voor wat betreft de vergoeding van de waardevermindering zou in plaats van het bij 7.2.2 bedoelde uitgangspunt ook gedacht kunnen worden aan het bij 7.2.3 bedoelde uitgangspunt.

7.18.3 Over de afbakening van de gevallen van onmogelijkheid die worden afgewikkeld via art. 6:74 en 6:204 BW en de gevallen van onmogelijkheid die worden afgewikkeld via art. 6:210 lid 2 BW kan soms getwijfeld worden.⁶¹ Men zou ook kunnen verdedigen dat teruggave van het toestel in nieuwstaat *naar haar aard* onmogelijk is, bijvoorbeeld vanwege de in de tijd veranderende marktomstandigheden waardoor haar oorspronkelijk marktwaarde zal afnemen ook los van het gebruik ervan. Het komt in zoverre aan op een keuze voor een bepaalde wijze van afwikkeling van de onverschuldigde betaling.

7.18.4 Kiest men voor deze alternatieve wijze van afwikkeling dan vervalt hetgeen ik opmerkte bij 7.11.1-7.11.2 (en de daarop voortbouwende delen van 7.12 en 7.14). In plaats daarvan wordt de vergoeding van de waardevermindering gezien door de bril van art. 6:210 lid 2 BW en dus in de kern als een geval van ongerechtvaardigde verrijking.⁶²

7.18.5 Met enige goede wil is nog verdedigbaar dat een telefoonzaak valt onder één van de drie in art. 6:210 lid 2 BW bedoelde gevallen.

Het eerste geval komt niet in aanmerking, omdat de consument niet door de waardevermindering van de telefoon wordt verrijkt (dát is hier de vraag; of hij door het gebruik wordt verrijkt, komt aan de orde bij vraag f.II). Evenmin kan m.i. worden gezegd, dat het nu juist aan de consument is toe te rekenen dat de onverschuldigde prestatie is verricht. Denkbaar is dat derde geval zich voordoet: de consument had erin toegestemd om een tegenprestatie te verrichten.⁶³ Dit geval ziet ook op (na vernietiging) nietige overeenkomsten. De gedachte is dat waardevergoeding mogelijk is, nu de ontvanger een tegenprestatie heeft toegezegd zodat hem geen bestedingspatroon wordt opgedrongen indien hij een waardevergoeding moet betalen. Dat gaat echter alleen op voor zover men aanvaardt dat de consument het abonnement ook zou hebben gesloten indien hij van de (ver)nieutig(baar)heidsgrond op de hoogte was.⁶⁴ Dat laatste is moeilijk te zeggen, omdat een geïnformeerde consument mogelijk anders zou hebben gehandeld (vgl. bij 5.13.3). Men kan onzekerheid in dit opzicht tot op zekere hoogte verdisconteren in de redelijkheidstoets van art. 6:210 lid 2 BW.

7.18.6 Ik meen echter dat deze route per saldo niet meer oplevert dan de bij 7.2.2 bedoelde route.

Hier geldt enerzijds het uitgangspunt dat de waarde moet worden berekend naar het moment van ontvangst van de prestatie, maar anderzijds dat bij een nadien opgetreden vermindering van de waarde van de prestatie moet worden beoordeeld voor wiens risico dat komt. Dan gelden dezelfde of vergelijkbare maatstaven. Art. 6:210 lid 1 verwijst onder meer naar art. 6:204 BW. Toepassing van die bepaling, althans van de daaraan ten grondslag liggende gedachte, ligt mijns inziens ook bij toepassing van art. 6:210 lid 2 BW voor de hand.⁶⁵

Dit is in overeenstemming met de strekking van deze bepaling om ongerechtvaardigde verrijking te voorkomen. Volgens art. 6:212 lid 2 BW blijft de verrijking buiten beschouwing voor zover zij is verminderd door een omstandigheid die de verrijkte niet is toe te rekenen. Art. 6:212 lid 3 BW stelt dat in een periode waarin de verrijkte redelijkerwijze nog niet met een verplichting tot schadevergoeding rekening behoeft te houden, een vermindering van de verrijking aan hem niet wordt toegerekend.⁶⁶ Deze regels sluiten nauw aan bij de regeling van de onverschuldigde betaling, met name art. 6:204 BW.⁶⁷ Een waardeverlies van het toestel dat los staat van het gebruik en uitsluitend is toe te schrijven aan veranderende marktomstandigheden komt in de verhouding tussen aanbieder en consument m.i. voor risico van de aanbieder (art. 6:75 BW).

Men komt dus in beginsel via de benadering van art. 6:210 lid 2 BW, al dan niet via toepassing van de daarin bedoelde redelijkheidstoets, naar mijn mening uit bij eenzelfde resultaat als via de benadering van art. 6:74 jo 6:204 BW.

7.19 Als derde en laatste aanvullende opmerking wijs ik erop dat het antwoord op vraag f.I en II, conform de vraag, is toegesneden op gevallen waarop de art. 7:61 lid 2 BW en 7A:1576 lid 2 BW zien. Voor oudere gevallen waarop niet titel 7.2A BW maar de WCK van toepassing is, geldt het regime van de WCK.⁶⁸

Vraag f.II

7.20 Moet de consument – naast teruggave van de telefoon in gebruikte staat respectievelijk schadevergoeding zoals besproken bij vraag f.I – nog een bedrag bijbetalen voor het gebruik of genot van het toestel?

7.21.1 De overeenkomst tussen aanbieder en consument omvat een toestelgedeelte en een telecommunicatiegedeelte.

7.21.2 De prejudiciële vragen zien op het toestelgedeelte. Het gaat bij vraag f.II dan niet om de waardevermindering van de telefoon als gevolg van het gebruik (dat was onderwerp van vraag f.I), maar om een vergoeding voor dat gebruik. Onder het genot van de telefoon versta ik verder hetzelfde als onder het gebruik ervan.

7.21.3 Ten aanzien van het telecommunicatiegedeelte moet worden onderscheiden tussen de situatie dat de dit gedeelte niet wordt getroffen door de nietigheid (eventueel: na vernietiging) respectievelijk het niet van kracht zijn van het toestelgedeelte en de situatie dat dit wel het geval is.

In het eerste geval rijst de vraag niet. Indien het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst los van het toestelgedeelte overeenkomst kan blijven voortbestaan, dan kan de aanbieder een vordering instellen die strekt tot nakoming en/of schadevergoeding.

In het tweede geval rijst de vraag wel.⁶⁹ Betwijfeld kan worden of de verwijzende rechter haar ook voor dat geval heeft willen stellen nu de prejudiciële vragen de kwestie van de partiële 'nietigheid' niet aan de orde stellen. De SO van Lindorff maken dit onderscheid niet. Ik zal voor de volledigheid iets over dit punt zeggen.

7.22 De vraag verwijst in dit verband naar de volgende grondslagen: art. 6:203 lid 3 jo. 6:210 lid 2, ⁷⁰ art. 6:212, art. 6:278 en de redelijkheid en billijkheid.

- Toestelgedeelte

7.23 Naar mijn mening bestaat er onvoldoende reden om een afzonderlijke gebruiksvergoeding toe te kennen. Ik wijs daartoe op het volgende.

Nu de aanbieder de consument bij het aangaan van de transactie heeft voorgehouden dat hij het toestel kosteloos zou verkrijgen, komt het vreemd voor dat de consument achteraf gehouden zou zijn om voor het gebruik van dit 'gratis' toestel te betalen (bovenop zijn verplichting tot teruggave respectievelijk betaling van schadevergoeding als bedoeld bij vraag f.I en naast de vergoeding voor de telecommunicatiediensten als bedoeld bij 7.26 e.v.).

Of een gebruiksvergoeding moet worden toegekend, moet worden onderscheiden van de vraag wie het risico draagt van de waardevermindering door gebruik. Maar waar de wet het risico van waardevermindering door gebruik in beginsel binnen de door art. 6:204 BW bedoelde grenzen bij de aanbieder legt, zou het inconsistent zijn om de aanbieder toch in dit risico tegemoet te komen langs de weg van toekenning van een gebruiksvergoeding. Voor titel 7.2A BW geldt de verplichting van Richtlijn 2008.48/EG om te voorzien in een passende sanctie. Toekenning van een gebruiksvergoeding aan de aanbieder zou de negatieve gevolgen van de sanctie op schending van art. 7:61 lid 2 BW weer (gedeeltelijk) afwentelen op de consument.

Voorts moet worden bedacht dat het goeddeels gaat om een probleem dat ziet op gevallen die zich in het verleden hebben voorgedaan. Nadat HR 13 juni 2014 duidelijkheid bood over de kwalificatie van de overeenkomst, kan de aanbieder problemen vermijden door zich te houden aan het bepaalde in art. 7:1576 lid 2 en titel 7.2A BW. Ik begrijp dat aanbieders die 'oude' vorderingen hebben hier niets aan hebben; maar omgekeerd zou ik menen dat voorómen moet worden dat aanbieders met 'nieuwe' vorderingen, hoewel gewaarschuwd door HR 13 juni 2014, zouden kunnen profiteren van een gebruiksvergoeding.

Er is geen reden om met het oog op het gedrag van de consument hierover anders te denken. De

consument die laakbaar handelt door zijn betalingsverplichting voor de telecomdiensten niet na te komen, moet de telefoon teruggeven respectievelijk schadevergoeding betalen als bedoeld bij vraag f.I en in beginsel een bedrag ter zake van de telecommunicatiediensten.

7.24 Toepassing van art. 6:203 lid 3 jo. 6:210 lid 2 BW, van art. 6:212 BW of van de redelijkheid en billijkheid stuit reeds af op het vereiste dat toekenning van een vergoeding voor het gebruik van de telefoon 'redelijk' moet zijn. Dat is zij niet.

7.25 Art. 6:278 BW verplicht de partij die ongedaanmaking – door ontbinding (lid 1) of een andere stoot tot ongedaanmaking (lid 2) – kiest van een reeds uitgevoerde overeenkomst, nadat de verhouding in waarde tussen hetgeen wederzijds bij ongedaanmaking zou moeten worden verricht, zich te haren gunste heeft gewijzigd, de oorspronkelijke waardeverhouding door bijbetaling te herstellen indien aannemelijk is dat zij zonder deze wijziging geen ongedaanmaking zou hebben gekozen.

Lindorff meent dat dit artikel niet alleen ziet op het geval dat de consument zich beroept op de nietigheid (eventueel: na vernietiging) respectievelijk het niet van kracht zijn van de overeenkomst, maar ook op het geval dat de rechter ten behoeve van de consument ambtshalve dat rechtsgevolg inroept (SO nr. 49).

Voor dat geval is deze bepaling naar mijn mening echter niet geschreven, omdat het opportunisme waartegen zij een dam wil opwerpen, zich dan niet voordoet.^{z1} Bovendien kan, om de hierboven genoemde redenen, evenmin worden aangenomen dat een redelijke wetstoepassing dwingt tot de door Lindorff verdedigde uitleg van deze bepaling.

- Telecommunicatiegedeelte

7.26 De voorgaande argumenten betreffen het toestelgedeelte van de overeenkomst. Indien geoordeeld wordt dat de nietigheid (eventueel: na vernietiging) of het niet van kracht zijn van dit gedeelte óók leidt tot de ondergang van het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst, dan komt de kwestie van de vergoeding voor gebruik/genot van de diensten in beeld.^{z2}

7.27 In de hypothese dat de overeenkomst voor telecommunicatiediensten in haar geheel wordt getroffen door het lot van het toestelgedeelte, ontstaat de volgende situatie.

De overeenkomst voor telecommunicatiediensten is niet geldig. Voor partijen vloeien daaruit geen verbintenissen voort, hetgeen onder meer inhoudt dat de aanbieder geen ontbindingsschade kan vorderen.

Eventuele reeds door de consument voor de diensten betaalde abonnementstermijnen (dat deel van de maandtermijn dat toegerekend moet worden aan het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst en eventuele variabele 'belkosten buiten de bundel') moeten op basis van art. 6:203 lid 2 BW worden geretourneerd.

Reeds door de aanbieder geleverde telecommunicatiediensten zijn onverschuldigd betaalde prestaties en moeten op de voet van art. 6:210 lid 2 BW door de consument worden vergoed. De genoten diensten (bellen e.d. met het toestel) kunnen immers naar hun aard niet meer ongedaan worden gemaakt. Het in deze bepaling bedoelde derde geval doet zich voor: de consument heeft erin toegestemd een tegenprestatie voor de telecommunicatiediensten te verrichten. De waarde van de prestatie welke daaraan in het economisch verkeer wordt toegekend ('de marktwaarde') kan in beginsel objectief worden bepaald aan de hand van de tussen partijen blijkens het abonnement afgesproken tarieven.^{z3} De redelijkheid noopt in beginsel niet tot een beperking. Er bestaat in deze hypothese immers als zodanig juridisch geen bezwaar tegen het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst.

De vorderingen die aanbieder en de consument uit hoofde van onverschuldigde betaling op elkaar hebben zullen tot hun gemeenschappelijke beloop kunnen worden verrekend.

Rekenvoorbeeld

7.28 Louter ter illustratie van het voorgaande geef ik een rekenvoorbeeld.^{z4}

- De met consument overeengekomen maandtermijn bedraagt € 40; de minimum contractperiode is 24 maanden; de contractwaarde is $24 \times € 40 = € 960$;
- bij gebrek aan informatie kan de rechter voorshands schatten dat de helft van dit bedrag ziet op de telefoon, dus € 20 p/m; de prijs van de telefoon wordt geschat op $24 \times € 20 = € 480$;
- de consument betaalt termijnen 1 t/m 3; vanaf de 4e termijn betaalt hij niet meer; de reden voor

het niet meer betalen blijft onduidelijk; de aanbieder factureert de termijnen 4 t/m 6;

- de aanbieder ontbindt de overeenkomst na het onbetaald blijven van de 6e termijn en staakt de dienstverlening.

A. toestelgedeelte

- De rechter oordeelt dat de overeenkomst voor wat betreft het toestelgedeelte nietig dan wel niet van kracht is; bij gebrek aan nadere informatie bepaalt de rechter het in art. 6:204 lid 1 BW bedoelde moment op de bij 7.14 bedoelde datum waartegen het toestel is teruggevorderd;

- de waarde van de telefoon in gebruikte staat op dat moment kan de rechter bij gebrek aan informatie schatten op de (geschatte) nieuwwaarde minus de waardevermindering tot aan dat moment, ofwel op € 480 – (6 x € 20) = € 360;

- daarvan heeft de consument al (3 x € 20) = € 60 betaald, zodat de consument in dit opzicht kan worden veroordeeld tot betaling van € 300 schadevergoeding indien het toestel niet wordt teruggegeven.

B.1 telecommunicatiegedeelte indien dit niet wordt getroffen door de 'nietigheid' van het toestelgedeelte

- Tot het moment van ontbinding door de aanbieder heeft de consument gebruik kunnen maken van de telecomdiensten en moet hij het daarvoor contractueel verschuldigde bedrag betalen; de aanbieder heeft een vordering tot nakoming van de drie nog onbetaalde termijnen 4 t/m 6, dus 3 x € 20 = € 60;

- omdat het telecommunicatiegedeelte niet wordt getroffen door de 'nietigheid' van het toestelgedeelte, heeft de aanbieder na ontbinding van het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst in beginsel aanspraak op een schadevergoeding ter zake van de toekomstige contractstermijnen;

- bepalingen op grond waarvan de aanbieder volledige vergoeding vraagt van diensten die hij niet meer hoeft te leveren (de 7e t/m 24e termijn, dus 18 x € 20 = € 360), zijn mogelijk oneerlijk; de rechter kan de schade die dit deel van de vordering betreft dan ex art. 6:97 BW schatten. Indien de ontbindingsschade zou worden geschat op de helft van de toekomstige termijnen voor de telecommunicatiediensten,^{z5} resulteert dat in dit voorbeeld in een bedrag van € 360 : 2 = € 180.

B.2 telecommunicatiegedeelte indien dit volledig wordt getroffen door de 'nietigheid' van het toestelgedeelte

^{z6} Tot het moment van ontbinding door de aanbieder heeft de consument gebruik gemaakt respectievelijk kunnen maken van de telecomdiensten en moet hij de waarde daarvan vergoeden;^{z6} de gebruiksvergoeding hiervoor kan worden geschat op het overeengekomen bedrag, i.c. € 20 p/m;

^{z7} na verrekening^{z7} heeft de aanbieder een vordering tot vergoeding van nog drie termijnen, dus 3 x € 20 = € 60;

^{z8} omdat het telecommunicatiegedeelte wordt getroffen door de 'nietigheid' van het toestelgedeelte, heeft de aanbieder na ontbinding van het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst geen aanspraak op een schadevergoeding ter zake van de toekomstige contractstermijnen ('ontbindingsschade'); na ontbinding verricht de aanbieder geen prestatie meer.

Het voorgaande is een rekenvoorbeeld. De rechter in feitelijke instantie bepaalt uiteindelijk kwesties als de (geschatte) waarde van de telefoon, het voor toepassing van art. 6:204 lid 1 BW relevante moment, of het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst wordt getroffen door de 'nietigheid' van het toestelgedeelte, de schatting van de ontbindingsschade ter zake van de toekomstige termijnen voor de telecommunicatiediensten of de waarde van de door de aanbieder ter zake van de telecommunicatiediensten onverschuldigd verrichte prestaties.

Slotsom

7.29.1 Ik kom tot de slotsom dat vraag f als volgt kan worden beantwoord.

7.29.2 Vraag f.I, aanhef en eerste gedachtestreepje. In de situatie dat de overeenkomst voor zover het betreft het toestelgedeelte nietig (eventueel: na vernietiging) respectievelijk niet van kracht is, dient de consument het toestel op grond van art. 6:203 BW terug te geven. De consument die het toestel niet terug geeft, moet de waarde van het toestel in gebruikte staat vergoeden. Uit de art. 6:74 e.v. BW vloeit voort per welk moment die waarde moet worden bepaald, namelijk per het moment waarop het in het concrete geval onmogelijk werd om het toestel terug te geven

dan wel per het moment waarop de consument in verzuim kwam ten aanzien van de verplichting om het toestel terug te geven. Het vaststellen van dat moment vergt een onderzoek naar de omstandigheden van het geval. Tevens is de consument verplicht de waardevermindering van het toestel ten opzichte van de nieuwstaat te vergoeden vanaf het moment dat hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het toestel rekening moet houden. Dit is niet reeds het moment waarop de consument het toestel in ontvangst neemt. Ook het vaststellen van dit moment vergt een onderzoek naar de omstandigheden van het geval.

7.29.3 Vraag f.I, tweede gedachtestreepje. Indien de consument niet voldoet aan een vordering van de aanbieder om het toestel dat onverschuldigd is betaald te retourneren, is in beginsel de consument een schadevergoeding gelijk aan de waarde van de telefoon op dat moment verschuldigd. Indien aan de consument een redelijke termijn is gesteld om te voldoen aan zijn verplichting tot teruggave van het toestel (art. 6:82 lid 1 BW) of indien aannemelijk is dat de consument niet in staat is het toestel terug te geven, mag worden aangenomen dat op dat moment het verzuim is ingetreden dan wel teruggave van het gebruikte toestel in het concrete geval onmogelijk is. De rechter zal dan nog wel, zo nodig, de datum moeten bepalen waarop dit moment gelokaliseerd kan worden. Het ligt op de weg van de aanbieder om de rechter daartoe de benodigde informatie te geven. De rechter kan daarin ook reden zien om aan te nemen dat tot aan dat moment zich nog niet de in art. 6:204 lid 1 BW bedoelde situatie heeft voorgedaan, zodat de waardevermindering tot dat moment voor rekening van de aanbieder blijft.

7.29.4 Vraag f.II. Bij het antwoord op de vraag of de aanbieder, naast hetgeen voortvloeit uit de beantwoording van vraag f.I, nog recht heeft op een aanvullende vergoeding voor het gebruik/genot van het toestel, moet worden onderscheiden tussen het toestelgedeelte van de overeenkomst en het telecommunicatiegedeelte. Wat betreft het toestelgedeelte van de overeenkomst heeft de aanbieder geen recht op een afzonderlijke gebruiksvergoeding. Voor wat betreft het telecommunicatiegedeelte heeft de aanbieder daarop in voorkomende gevallen in beginsel wel recht.

8 Beantwoording van vraag g

8.1 Met vraag g wordt aan de orde gesteld of een beding waarbij een gedurende de minimumlooptijd van de overeenkomst maandelijks te betalen all-in prijs voor het toestel en voor de telecommunicatiediensten 'binnen de bundel' is overeengekomen, moet worden aangemerkt als 'kernbeding' in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Voor het geval het gaat om een beding waarvan de rechter ambtshalve moet toetsen of het oneerlijk is, wenst de rechter ook te vernemen of een dergelijke bepaling oneerlijk is omdat voor de consument niet duidelijk is welk bedrag hij voor het toestel dient te betalen.

8.2.1 Volgens art. 4 lid 2 van Richtlijn 93/13 heeft de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen geen betrekking op 'de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst' en evenmin op 'de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten', een ander 'voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.' Op grond van art. 5 Richtlijn moeten alle schriftelijke bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld.

Art. 4 lid 2 Richtlijn is omgezet in art. 6:231 sub a BW, dat spreekt van 'bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze (...) duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.' Art. 5 Richtlijn is omgezet in art. 6:238 lid 2 BW.

8.2.2 Ook de in art. 4 lid 2 Richtlijn 93/13 bedoelde 'kernbedingen' vallen onder de werkingssfeer van deze richtlijn, maar zij ontsnappen aan de beoordeling van hun oneerlijke karakter voor zover de bevoegde nationale rechter, na een beoordeling per geval, zou oordelen dat zij door de verkoper duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.⁷⁸

8.3.1 De eerste vraag is dus, of het bedoelde beding een kernbeding is. Het HvJEU heeft aangegeven

dat dit begrip strikt moet worden uitgelegd.⁷⁹

8.3.2 Contractuele bedingen vallen onder het begrip 'eigenlijk voorwerp van de overeenkomst' indien zij de kern van de prestaties van de overeenkomst bepalen en als dusdanig die overeenkomst kenmerken. Bedingen die een aanvulling zijn op de bedingen die de kern van de contractuele verhouding bepalen, kunnen niet onder het begrip 'eigenlijk voorwerp van de overeenkomst' vallen. Het staat aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met de aard, de algehele opzet en de voorwaarden van de betrokken overeenkomst, alsmede met de juridische en feitelijke context ervan, te beoordelen of het betrokken beding een wezenlijk onderdeel is van de prestatie van de consument.⁸⁰

8.3.3 De categorie bedingen die zien op 'de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten', heeft een beperkte toepassing. Het betreft enkel de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, dus kort gezegd de prijs-kwaliteitverhouding.⁸¹

Bedingen inzake de door de consument aan de verkoper verschuldigde tegenprestatie of bedingen die een invloed hebben op de werkelijke prijs die door de consument aan de verkoper moet worden betaald, behoren in beginsel niet tot deze tweede categorie bedingen, behalve met betrekking tot de vraag naar de gelijkwaardigheid van enerzijds het in de overeenkomst vastgelegde bedrag van de tegenprestatie of de prijs en anderzijds de door de kredietgever als tegenprestatie verrichte dienst.⁸²

8.3.4 De Hoge Raad heeft overwogen, kort gezegd, dat het begrip kernbeding objectief en zo beperkt mogelijk moet worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt.⁸³

8.3.5 De rechter in feitelijke instantie zal het aan hem voorgelegde beding moeten toetsen in het licht van de omstandigheden van het geval. Naar mijn mening kan wel een richting worden aangegeven. Zoals volgt uit HR 13 juni 2014 kan in beginsel worden aangenomen dat de overeenkomst tussen aanbieder en consument (als bedoeld bij 1.2) naast de telecommunicatiediensten mede een koop op afbetaling respectievelijk een krediet ter zake van het toestel omvat. Dan kan worden aangenomen dat bedingen die kort gezegd zien op de all-in prijs voor het toestel en de telecommunicatiediensten het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst betreffen.⁸⁴

8.4.1 Hiervan uitgaande, zal de rechter vervolgens moeten toetsen of het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd. Dit vereiste van transparantie moet ruim worden opgevat.⁸⁵

8.4.2 Of is voldaan aan dit vereiste, moet worden beoordeeld aan de hand van de Europese maatman-consument, dus de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument. Daarbij volstaat niet dat het beding uit grammaticaal oogpunt duidelijk en begrijpelijk is, maar is ook vereist dat "de geïnformeerde consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hen uit voortvloeien, kan voorzien".⁸⁶

8.5.1 Bij de beoordeling van het transparantievereiste lijken mij de volgende gezichtspunten van belang. Ten eerste: desinformatie over de prijs kan niet alleen een oneerlijke handelspraktijk opleveren,⁸⁷ maar ook een gezichtspunt voor de beoordeling van de vraag of een beding oneerlijk is.

Het HvJEU heeft overwogen dat wanneer in een kredietovereenkomst een lager dan het daadwerkelijke 'werkelijke jaarlijkse rentepercentage' (WJRP) wordt opgegeven, dit een oneerlijke handelspraktijk kan opleveren. Dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk is een van de elementen die de bevoegde rechter kan betrekken in zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen in een overeenkomst in de zin van art. 4 lid 1 van Richtlijn 93/13.⁸⁸

Voorts heeft het HvJEU in de zaak Pohotovost (geciteerd bij 5.5.2) uitgemaakt dat het niet vermelden van het 'jaarlijks kostenpercentage' (JKP) van een krediet voor de nationale rechter

een beslissende factor kan zijn bij diens oordeel omtrent de eerlijkheid van het beding. De mogelijkheid dat het daarbij gaat om beding als bedoeld in van art. 4 lid 2 van Richtlijn 93/13 belemmert alleen toetsing van het oneerlijke karakter ervan wanneer de nationale rechter zou oordelen dat het betreffende kernbeding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd.⁹⁰

8.5.2 Ten tweede: moet de informatie over de prijs in een situatie als de onderhavige worden betrokken op de afzonderlijke elementen van de overeenkomst of kan, voor wat betreft de toepassing van Richtlijn 1993/13,⁹⁰ ook worden volstaan met een toets of de all-in prijs voldoet aan het transparantievereiste?

Uit het arrest Van Hove volgt dat bij toetsing van het transparantievereiste rekening mag worden gehouden met de omstandigheid dat het beding voorkomt in een overeenkomst die deel uitmaakt van een ruimer contractueel kader.⁹¹ In die zaak ging het om de uitleg van het begrip arbeidsongeschiktheid in een arbeidsongeschiktheidsverzekering die was gekoppeld aan een kredietovereenkomst. De verzekering voorzag in aflossing van het krediet bij arbeidsongeschiktheid, waarbij voor de arbeidsongeschiktheid geen onderscheid werd gemaakt tussen het nog kunnen verrichten van betaald of onbetaald werk. Het ruimere contractuele kader zou in Van Hove dus meebrengen dat de vraag of voor de consument de 'economische gevolgen' van de arbeidsongeschiktheidsverzekering voldoende duidelijk waren mede zou worden beoordeeld in functie van het doel om de lening te kunnen aflossen.

In gevallen als de onderhavige is het ruimere contractuele kader dat de tussen aanbieder en consument gesloten overeenkomst verschillende elementen bevat (telecommunicatiediensten en het toestel) waarop verschillende rechtsregels van toepassing zijn; in zoverre zou men ook van meerdere overeenkomsten kunnen spreken.

8.5.3 De rechter in feitelijke instantie zal het aan hem voorgelegde beding moeten toetsen in het licht van de omstandigheden van het geval. Naar mijn mening kan wel een richting worden aangegeven. Uit de rechtspraak van het HvJEU volgt dat de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding niet ziet op een duidelijk en begrijpelijk geformuleerd kernbeding, en dat bij toetsing van het transparantievereiste rekening mag worden gehouden met de omstandigheid dat het beding voorkomt in een overeenkomst die deel uitmaakt van een ruimer contractueel kader. Dat geeft een handvat om te oordelen dat het beding waarbij een gedurende de minimumlooptijd van de overeenkomst maandelijks te betalen all-in prijs voor het toestel en voor de telecommunicatiediensten 'binnen de bundel' is overeengekomen, in beginsel de gemiddelde consument op een duidelijke en begrijpelijke wijze inzicht biedt in de economische gevolgen die voor hem eruit voortvloeien. Indien ook kan worden geoordeeld dat het beding grammaticaal voldoende⁹² duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, dan is voldaan aan het transparantievereiste van art. 4 lid 2 van Richtlijn 1993/13 en art. 6:231 sub a BW zodat het kernbeding ontsnapt aan de toets of het een oneerlijk respectievelijk onredelijk bezwarend beding is.

8.6 Het lijkt mij daarom niet nodig nog afzonderlijk in te gaan op de vraag of een dergelijke bepaling moet worden aangemerkt als een oneerlijk beding.

8.7 Het antwoord op vraag g zou daaromals volgt kunnen luiden. De rechter in feitelijke instantie zal het aan hem voorgelegde beding moeten toetsen in het licht van de omstandigheden van het geval. Wat betreft het beding waarbij een gedurende de minimumlooptijd van de overeenkomst maandelijks te betalen all-in prijs voor het toestel en voor de telecommunicatiediensten 'binnen de bundel' is overeengekomen, geldt het volgende. Wanneer de overeenkomst tussen aanbieder en consument naast de telecommunicatiediensten mede een koop op afbetaling respectievelijk een krediet ter zake van het toestel omvat, kan worden aangenomen dat een dergelijk beding het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst betreft en daarom een kernbeding is. De rechter moet beoordelen of dat kernbeding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, waarvan sprake kan zijn bij de in de vraag bedoelde bedingen, zodat het ontsnapt aan de toets of het oneerlijk respectievelijk onredelijk bezwarend is.

9 Slotsom

9.1 Ik kom tot het volgende voorstel voor de beantwoording van de vragen (zie bij 4.15, 5.26, 6.4, 7.29 en 8.7).

Vragen a-c. De rechter die oordeelt dat sprake is van een kredietovereenkomst als bedoeld in titel 7.2A BW is verplicht om ambtshalve te toetsen of aan het bepaalde in art. 7:61 lid 2 BW is voldaan. Indien daaraan niet is voldaan, is de rechter niet verplicht maar wel in staat om, met in achtneming van het beginsel van hoor en wederhoor (vgl. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:691, rov. 3.9.1.-3.9.2), de kredietovereenkomst ter zake van het toestel ambtshalve te vernietigen, tenzij de consument die in de procedure is verschenen, aangeeft daarop geen prijs te stellen. Het voorgaande geldt ook in verstekzaken, in dat geval in het kader van art. 139 Rv.

Hetzelfde geldt voor de rechter die oordeelt dat sprake is van een krediettransactie in de zin van de WCK, met dien verstande dat de rechter dan zal moeten uitgaan van de rechtsgevolgen die waren verbonden aan schendingen van de WCK.

De rechter is niet verplicht om ambtshalve te toetsen of aan het vereiste van art. 7A:1576 lid 2 BW is voldaan. In verstekzaken kan de rechter de vordering voor zover deze is gebaseerd op het bestaan van een overeenkomst van koop op afbetaling ter zake van het toestel als ongegrond afwijzen indien hem niet blijkt dat aan dit vereiste is voldaan

Vraag d. Art. 7:61 lid 2, aanhef en onder e, BW vereist dat in de kredietovereenkomst op duidelijke en beknopte wijze wordt vermeld in geval van een krediet in de vorm van uitstel van betaling voor een goed of een dienst, dan wel van een gelieerde kredietovereenkomst, het goed of de dienst ter financiering waarvan het krediet strekt en de contante prijs daarvan. Volgens art. 7A:1576 lid 2 BW is de overeenkomst van koop op afbetaling niet van kracht voordat partijen de door de koper te betalen koopprijs hebben bepaald. Aan de eisen van art. 7:61 lid 2 en 7A:1576 lid 2 BW is niet voldaan wanneer in de overeenkomst slechts een all-in prijs is bepaald voor de mobiele telefoon, het telefonieabonnement en eventueel bepaalde niet-variabele belkosten tezamen.

Vraag e. Het antwoord luidt ontkennend.

Vraag f.I, aanhef en eerste gedachtestreepje. In de situatie dat de overeenkomst voor zover het betreft het toestelgedeelte nietig (eventueel: na vernietiging) respectievelijk niet van kracht is, dient de consument het toestel op grond van art. 6:203 BW terug te geven. De consument die het toestel niet terug geeft, moet de waarde van het toestel in gebruikte staat vergoeden. Uit de art. 6:74 e.v. BW vloeit voort per welk moment die waarde moet worden bepaald, namelijk per het moment waarop het in het concrete geval onmogelijk werd om het toestel terug te geven dan wel per het moment waarop de consument in verzuim kwam ten aanzien van de verplichting om het toestel terug te geven. Het vaststellen van dat moment vergt een onderzoek naar de omstandigheden van het geval. Tevens is de consument verplicht de waardevermindering van het toestel ten opzichte van de nieuwstaat te vergoeden vanaf het moment dat hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het toestel rekening moet houden. Dit is niet reeds het moment waarop de consument het toestel in ontvangst neemt. Ook het vaststellen van dit moment vergt een onderzoek naar de omstandigheden van het geval.

Vraag f.I, tweede gedachtestreepje. Indien de consument niet voldoet aan een vordering van de aanbieder om het toestel dat onverschuldigd is betaald te retourneren, is in beginsel de consument een schadevergoeding gelijk aan de waarde van de telefoon op dat moment verschuldigd. Indien aan de consument een redelijke termijn is gesteld om te voldoen aan zijn verplichting tot teruggave van het toestel (art. 6:82 lid 1 BW) of indien aannemelijk is dat de consument niet in staat is het toestel terug te geven, mag worden aangenomen dat op dat moment het verzuim is ingetreden dan wel teruggave van het gebruikte toestel in het concrete geval onmogelijk is. De rechter zal dan nog wel, zo nodig, de datum moeten bepalen waarop dit moment gelokaliseerd kan worden. Het ligt op de weg van de aanbieder om de rechter daartoe de benodigde informatie te geven. De rechter kan daarin ook reden zien om aan te nemen dat tot aan dat moment zich nog niet de in art. 6:204 lid 1 BW bedoelde situatie heeft voorgedaan, zodat de waardevermindering tot dat moment voor rekening van de aanbieder blijft.

Vraag f.II. Bij het antwoord op de vraag of de aanbieder, naast hetgeen voortvloeit uit de

beantwoording van vraag f.I, nog recht heeft op een aanvullende vergoeding voor het gebruik/genot van het toestel, moet worden onderscheiden tussen het toestelgedeelte van de overeenkomst en het telecommunicatiegedeelte. Wat betreft het toestelgedeelte van de overeenkomst heeft de aanbieder geen recht op een afzonderlijke gebruiksvergoeding. Voor wat betreft het telecommunicatiegedeelte heeft de aanbieder daarop in voorkomende gevallen in beginsel wel recht.

Vraag g. De rechter in feitelijke instantie zal het aan hem voorgelegde beding moeten toetsen in het licht van de omstandigheden van het geval. Wat betreft het beding waarbij een gedurende de minimumlooptijd van de overeenkomst maandelijks te betalen all-in prijs voor het toestel en voor de telecommunicatiediensten 'binnen de bundel' is overeengekomen, geldt het volgende. Wanneer de overeenkomst tussen aanbieder en consument naast de telecommunicatiediensten mede een koop op afbetaling respectievelijk een krediet ter zake van het toestel omvat, kan worden aangenomen dat een dergelijk beding het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst betreft en daarom een kernbeding is. De rechter moet beoordelen of dat kernbeding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, waarvan sprake kan zijn bij de in de vraag bedoelde bedingen, zodat het ontsnapt aan de toets of het oneerlijk respectievelijk onredelijk bezwarend is.

Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen als voorgesteld in 9.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *Ars Aequi* 2014, p.825 m.nt. W.H. van Boom, *TvC* 2014/5, p. 243 m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor, *JPF* 2014/104 m.nt. B.E. Reinhartz, *JOR* 2014/206 m.nt. J.M. van Poelgeest en J.W.A. Biemans, *MVV* 2014/10, p. 263 m.nt. J.M. Hebly. Zie voorts Asser/Houben 7-X 2015/261; J.H.M. Spanjaard, *Contracteren* 2014/3, p. 82 e.v.

² Reeds eerder is overwogen dergelijke vragen te stellen, maar is dat uiteindelijk niet gebeurd. Zie *Rb Midden-Nederland (Ktr. Almere)* 18 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1813, *NJF* 2015/257, *TvC* 2015/3 m.nt. C.M.D.S.Pavillon.

³ *Rov.* 3.2: "(...) Uit het vonnis van de kantonrechter volgt dat de vraag in het bijzonder betrekking heeft op overeenkomsten(a) die gesloten zijn tussen enerzijds een in het kader van zijn beroep of bedrijf handelende (rechts)persoon (hierna: de aanbieder) en anderzijds een natuurlijk persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten vallen (hierna: de consument),(b) en waarbij een abonnement wordt afgesloten voor mobiele telefonie met eventuele daarmee verbonden diensten, met een bepaalde (minimum)looptijd van meer dan drie maanden,(c) en waarbij gekoppeld aan het abonnement een mobiele telefoon 'gratis' (dat wil zeggen zonder dat daarvoor een bepaald bedrag als vergoeding tot uitdrukking is gebracht) ter beschikking van de consument wordt gesteld, welke telefoon eigendom van de consument wordt of (onder de opschortende voorwaarde van betaling van de overeengekomen termijnen) kan worden. Een dergelijke overeenkomst wordt hierna kortheidshalve ook aangeduid als een 'telefoonabonnement inclusief toestel'."

⁴ Blijkens het tussenvonnissen van de *Rb. Den Haag (Team kanton Den Haag)* van 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875, *rov.* 1-2, heeft de kantonrechter nog geen feiten vastgesteld.

⁵ Inleidende dagvaarding nr. 1.

⁶ Inleidende dagvaarding nr. 9.

⁷ Een overzicht van de toezichtrechtelijke gevolgen wordt geboden in de brief van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 1 juli 2015, Kamerstukken II, 2014/15, 32 545, nr. 31, waarin de Minister aangaf geen reden te zien tot aanpassing van de bestaande regels. Naar aanleiding van deze brief heeft het kamerlid Omtzigt een motie ingediend (32 545, nr. 37, na aanpassing omgenummerd tot nr. 40) waarin hij de regering verzocht de telecomsector uit te nodigen om gezamenlijk te komen tot een convenant waarin de problemen met "mobiele schulden" en gerelateerde onderwerpen als roamingkosten (ook in de grensregio), kosten buiten de bundel en de ingewikkelde contracten in de telecomsector worden

aangepakt. Tevens verzocht hij de regering in de tussentijd een wijziging van de Wft voor te bereiden die ervoor zorgt dat het aanbieden van een telefoon met abonnement wordt vrijgesteld van die wet als aan het convenant wordt voldaan gebruikmakend van de mogelijkheden die Richtlijn 2008/48/EG daarvoor biedt, maar verzocht de regering af te zien van deze wijziging van de Wft indien het naar oordeel van de regering samen met de sector niet lukt om voor 1 januari 2016 tot een convenant te komen. Stemming over deze motie is op verzoek van het kamerlid zelf tweemaal aangehouden, laatstelijk op 22 september 2015 (Stemmingen moties Wet- en regelgeving financiële markten, Handelingen II 4-15-1).

⁸ Rb. Gelderland 10 december 2014, RBGEL:2014:7699, NJF 2015/36, TvC 2015/3, p. 151 m.nt. C.M.D.S. Pavillon, rov. 4.14; Rb. Amsterdam 19 december 2014, RBAMS:2014:8725, rov. 7-8; Rb. Midden-Nederland 28 Januari 2015, RBMNE:2015:424, rov. 3.11; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, GHSHE:2015:2081, NJF 2015/337, rov. 6.12.

⁹ Vgl. Hebly, MVV 2014/10, nr. 5.4 op p. 268 ; Biemans, JOR 2014/206, noot sub 3.5; Reinhartz, JPF 2014/104; Spanjaard, Contracteren 2014/3, p. 85; Asser/Houben 7-X 2015/261.

¹⁰ W.H. van Boom, Is een telefoonabonnement met 'gratis' toestel een overeenkomst van consumentenkrediet?, *Ars Aequi* 2014, p. 829.

¹¹ E.L.M. Mout-Vos en E.M. Bruggeman, Het telefoonabonnement met de 'gratis' mobiele telefoon: kwalificatie en gevolgen, *TvC* 2015/5, p. 280.

¹² Lindorff besteedt aan dit punt aandacht in de SO nrs. 6-7.

¹³ Helaas een bekend verschijnsel, vgl. Ktr Maastricht 6 mei 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI3628; Hof Arnhem 5 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK2208, NJFS 2011/75 (strafzaak); Ktr Dordrecht 17 juni 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM8764, NJF 2010/290; Ktr Haarlem 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO9354; Rechtbank Haarlem 8 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8985 (strafzaak); Ktr Amersfoort 2 februari 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP3970; Ktr Rotterdam 11 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS1746 (strafzaak); Rb Zwolle-Lelystad 21 december 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU9115 (strafzaken); Rechtbank Zutphen 12 juni 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3525 en ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3171 (strafzaken); Hof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9415, NJFS 2015/126 (Strafzaak); Rb Limburg (Ktr Roermond) 18 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1284, NJF 2015/304, Prg. 2015/85; Rb Zeeland-West-Brabant 23 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4870 (strafzaak); Rb Oost-Brabant 31 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4672 (strafzaak).

¹⁴ Zie mijn conclusie sub 3.8.3-3.8.4 en 4.57 voor HR 13 juni 2014, met verdere vindplaatsen. Daaraan is toe te voegen Rb. Midden-Nederland (kantonrechter) 28 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:424, rov. 3.6.

¹⁵ Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, PbEU 2008, L 133/66. Vgl. over de datum van 25 mei 2011 nog HR 13 juni 2014, rov. 3.5.4.

¹⁶ Richtlijn 1987/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet, PbEG 1987, L 42/48, gewijzigd bij Richtlijn 98/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998, PbEG 1998, L 101/17.

¹⁷ MvT, Kamerstukken II, 2010/11, 32 339, nr. 3, p. 20.

¹⁸ Art. 10 lid 2 Richtlijn 2008/48/EG: "2. In de kredietovereenkomst worden op duidelijke en beknopte wijze vermeld: (...)e) in geval van een krediet in de vorm van uitstel van betaling voor een goed of een dienst of van gelieerde kredietovereenkomsten, het goed of de dienst en de contante prijs daarvan;(...)"

¹⁹ W.H. van Boom, AA 2014, p. 831, noot 30.

²⁰ HvJEU 18 december 2014, C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, NJ 2015/262 m.nt. M.R. Mok (CA Consumer Finance/Bakkaus c.s.). Vgl. L.B.A. Tigelaar, Sancties en doelstellingen van Europese informatieplichten, NTBR 2015/31, p. 206 e.v., die drie doelstellingen van informatieverplichtingen onderscheidt: wilsvorming, dossierfunctie en de uitoefening van rechten.

²¹ Zie bijvoorbeeld het rapport Ambtshalve toetsing (2014), genoemd bij 3.6.

²² Rb. Den Haag (Team kanton Den Haag) van 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875, rov. 3.6. In deze zin ook Hebly, MVV 2014, p. 265. De SO nrs. 38-39 beroept zich ook op deze argumenten.

²³ Vgl. daaromtrent HvJEU 27 maart 2014, C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190, JOR 2014/247 (LCL Le Crédit

Lyonnais SA/Fesih Kalhan).

²⁴ MvT, Kamerstukken II 2010/11, 32 339, nr. 3, p. 20. Zie ook J.W.A. Biemans, Consumentenkrediet 2013/48.

²⁵ Dat sluit aan bij de op wilsvorming gericht functie van deze informatieplicht. Vgl. Tigelaar, NTBR 2015/31 onder 3. Vgl. voorts M.Y. Schaub, SEW 2014, p. 445-446.

²⁶ HvJEG 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, Jur. 2007, p. I-08017, NJ 2008/37 m.nt. M.R. Mok (Rampion); HvJEU 16 november 2010, C-76/10, ECLI:EU:C:2010:685, Jur. 2010, p. I-11557 (Pohotovost).

²⁷ Vgl. de conclusie sub 21 van A-G N. Wahl voor HvJEU 18 december 2014, C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, NJ 2015/262 m.nt. M.R. Mok (CA Consumer Finance/Bakkaus c.s.).

²⁸ A.S. Hartkamp, AA 2015, p. 225.

²⁹ Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (PB L 372, p. 31).

³⁰ HvJEU 17 december 2009, C-227/08, Jur. 2009, p. I-11939, NJ 2010/225 m.nt. M.R. Mok (Martín Martín). Mok, NJ-noot sub 3, leest de zaak overigens zo dat het (in Nederlandse termen) slechts ging om ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd. Het arrest wordt kennelijk niet zo gelezen door Hartkamp, AA 2015, p. 225; C.J.A. Seinen en A.G.F. Ancery, TCR 2015/3, p. 80.

³¹ HvJEU 3 oktober 2013, C-32/12, RvdW 2013/1411 (Soledad Duarte Hueros/Autociba SA).

³² HvJEU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, AA 2015, p. 816 m.nt. A.S. Hartkamp, AB 2015/252 m.nt. R. Ortlep, RCR 2015/68 (Faber/Hazet Ochten). Ik besprak dit punt ook in mijn conclusie van 30 oktober 2015 in zaak 15/01425. Ten behoeve van partijen merk ik op dat die zaak betrekking heeft op de vraag of de appelrechter ambtshalve een boetebeding in een huurovereenkomst voor woonruimte moet toetsen indien dit beding volgens de eerste rechter niet oneerlijk is en tegen dat oordeel geen grief is gericht.

³³ Vgl. A.G.F. Ancery en C.M.D.S. Pavillon, MVV 2015/9, p. 245.

³⁴ Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, AA 2014/5, p. 358-362 m.nt. W.H. van Boom, JBPR 2014/2 m.nt. F.J.H. Hovens, JIN 2013/179 m.nt. F. Oostlander, NJ 2014/274 m.nt. H.B. Krans; TvC 2013/6 m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor (Heesakkers/Voets), rov. 3.8 en 3.9.2. Vgl. voorts mijn conclusie van 30 oktober 2015 in zaak 15/01425.

³⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/321 en 609.

³⁶ Overigens is ook bij toepassing van Richtlijn 1993/13 inzake oneerlijke bedingen denkbaar dat de gehele overeenkomst wordt getroffen door de constatering dat een beding oneerlijk en daarom niet bindend is. Vgl. HvJEU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (Árpád Kásler en Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt, punten 83-85. SO nr. 32, noot 29, verwijst naar het arrest Duarte Hueros.

³⁷ Daarop is het rapport Ambtshalve toetsing, in beide versies, ook gericht. Vgl. ook C.J.A. Seinen en A.G.F. Ancery, TCR 2015/3, p. 77 e.v.

³⁸ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, GHSHE:2015:2081, NJF 2015/337, rov. 6.7-6.8; Rb. Gelderland 10 december 2014, RBGEL:2014:7699, NJF 2015/36, TvC 2015/3, p. 151 m.nt. C.M.D.S. Pavillon, rov. 4.8. Zie voorts Pavillon, TvC 2015/3, p. 156; Loos, TvC 2014/5, p. 49; Biemans, JOR 2014/206, noot sub 3.5. Zo ook Lindorff SO nr. 24.

³⁹ Rapport Ambtshalve toetsing (2014), nr. 3.4.3. Vgl. voorts Mout-Vos en Bruggeman, TvC 2015/5, nr. 4.2.2 op p. 280-281.

⁴⁰ Uit het feit dat in de HR in rov. 3.6 niet de eis stelt dat de consument het niet tot stand gekomen zijn van de overeenkomst m.b.t. het toestel heeft aangevoerd, kan m.i. niet worden afgeleid dat de HR er vanuit gaat dat de rechter dat ambtshalve vaststelt; het punt was in HR 13 juni 2014 niet aan de orde.

⁴¹ Zie HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54, AB 2009, 52 m.nt. M.J.M. Verhoeven, Ondernemingsrecht 2009/119 m.nt. B.J. Drijber (Heerlen/Whizz). Vgl. ook HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2045, NJ 2013/7 m.nt. H.J. Snijders, JBPR 2012/35 m.nt. B.T.M. van der Wiel, JIN 2012/16 m.nt. D.D. Castelijns en M.A.J.G. Janssen (Doornenbal/Van der Spek) inz. een afstandsbeding inhoudende dat verhuurder bij onteigening geen schadevergoeding jegens huurder is verschuldigd.

⁴² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/607, met verdere verwijzingen; Asser/Hartkamp 3-1 2015/16 en 128. Zie voorts Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/100, eveneens met verdere verwijzingen.

⁴³ Hartkamp verwijst mede naar andere rechtsstelsels. Zie voor het Belgische recht in het bijzonder ook het recente preadvies van W. van Eeckhoutte, 'Schuifelen op de rechterstoel. De taak van de rechter in het Belgisch privaatrechtelijk procesrecht: een kwestie van moeten of mogen', preadvies voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Bju 2015, p. 256-257.

⁴⁴ HR 13 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3205, NJ 1979/242 m.nt. E.A.A. Lujten, baseerde dit nog op de "duidelijke woorden van die bepaling".

⁴⁵ W.D.H. Asser, 'Ambtshalve toepassing van rechtsgronden door de Nederlandse rechter', preadvies voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Bju 2015, p. 349-350.

⁴⁶ Vgl. HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414, NJ 2004/460 (Regiopolitie/Hovax); HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1231, NJ 2008/466 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (X/Aerts q.q.). Zie daarover recent Asser, in het genoemde preadvies op p. 349 en 351.

⁴⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/610-611.

⁴⁸ GS Burgerlijke rechtsvordering (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt), art. 139 Rv, aant. 9; A.M. van Aerde, MvV 2009/6, p. 140; Van de Hel-Koedoot, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, 2014, art. 139 Rv, aant. 1 onder e; C.J.A. Seinen en A.G.F. Ancery, TCR 2015/3, p. 83-84. Zie voorts A-G Vlas in zijn conclusie voor HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8504, JBPR 2010/54 m.nt. G. van Rijssen, onder 2.11 (de Hoge Raad casseerde overigens omdat hij, anders dan de AG, in het bestreden arrest geen oordeel las dat de vordering 'ongegrond' was). Volgens Van Rijssen, noot 6, zal de rechter "als de rechter maar enigszins de indruk heeft dat er sprake is van ongegrondheid of onrechtmatigheid, (...) de vordering niet meer moet toewijzen. Daarnaast zal de rechter in het kader van art. 139 Rv (ambtshalve) ook moeten toetsen aan rechtsnormen van openbare orde." Vgl. voorts Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM7296, waarin in verstekzaak ambtshalve werd getoetst of was voldaan aan art. 33, aanhef en onder c sub 1 WCK dat het uitstaande saldo bij een kredietovereenkomst als hier aan de orde enkel rechtsgeldig kan worden opgeëist indien de kredietnemer, die gedurende ten minste twee maanden achterstallig is in de betaling van een vervallen termijnbedrag, na in gebreke te zijn gesteld, nalatig blijft in de nakoming van zijn verplichtingen.

⁴⁹ Vgl. Rb. Amsterdam 19 december 2014, RBAMS:2014:8725, rov. 6-7; M. Ynzonides, Verstek en verzet (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 48 en 52; Von Schmidt auf Altenstadt, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 139 Rv, aant. 9.

⁵⁰ Lindorff verwijst naar Rb. Midden-Nederland, afdeling civiel recht, kantonrechter locatie Utrecht, 24 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ9460, rov. 3.11 Zie voorts mijn conclusie sub 3.8.3 voor HR 13 juni 2014.

⁵¹ Toepassing van art. 6:78 BW blijft buiten beschouwing. Vgl. daarover bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/438.

⁵² Zo geldt op grond van art. 6:205 jo 6:84 BW dat in beginsel elke onmogelijkheid van nakoming aan de schuldenaar die in verzuim is, wordt toegerekend.

⁵³ HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, rov. 3.6.1-3.6.2.

⁵⁴ Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 803; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/437; H.J. van Kooten, Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten, diss. Utrecht 2002, Kluwer, §2.III.5; Jac. Hijma en M.M. Olthof, Compendium Nederlands vermogensrecht 2014/28.445.

⁵⁵ Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/438; E.J.H. Schrage, Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst (Mon. BW B53), 2009, nr. 66.

⁵⁶ Een bijzonder type is bijvoorbeeld de casus waarin de consument onder dwang abonnementen met 'gratis' telefoons afsloot, zie noot 13. Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2081, NJF 2015/337, rov. 6.8 en 6.14. Het hof liet een deel van de mobiele kosten voor rekening van de aanbieder, voor zover deze waren gemaakt na het moment dat de aanbieder bekend werd met het feit dat het toestel in handen van criminelen was. Het verlies van het toestel liet het hof echter geheel voor rekening van de consument; het hof zag daarom geen aanleiding tot matiging van de vervangende schadevergoeding.

⁵⁷ Laat hij dit na, dan zou de rechter bijvoorbeeld ook kunnen bezien of per de datum van dagvaarding is voldaan aan de vereisten voor schadevergoeding.

⁵⁸ En/of het verleende krediet. Als de consument hiervoor kosten heeft betaald, dienen die na vernietiging van de overeenkomst ook te worden teruggestort.

⁵⁹ Vgl. Rb Gelderland (Ktr Arnhem) 10 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7699, NJF 2015/36, rov. 4.15; Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2081, NJF 2015/337, rov. 6.7.

⁶⁰ Vgl. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8732, RvdW 2013/561, rov. 3.4.3; F. Damsteeg-Molier, MVV 2013, p. 256 e.v.

⁶¹ Vgl. F.B. Bakels. Ontbinding van overeenkomst (Mon. BW B58), 2011, nr. 50, t.a.v. de vergelijkbare problematiek van ongedaanmaking na ontbinding.

⁶² HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, rov. 3.6.2.

⁶³ Ik ga uit van het geval dat de overeenkomst de prijs voor het toestel niet afzonderlijk vermeldt. Wanneer dan ook door de aanbieder is gecommuniceerd dat het toestel 'gratis' is, wordt des te twijfelachtiger of kan worden gezegd dat de consument dáárvoor een tegenprestatie heeft toegezegd. Daartegen kan men zeggen: hem wordt geen bestedingspatroon opgedrongen, want hij was bereid de afgesproken all-in prijs te betalen voor abonnement inclusief toestel.

⁶⁴ Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2-15/447-448; M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling (diss. Leiden), 1997, p. 197-200 en 202-203; M.W. Scheltema, GS Verbintenissenrecht, artikel 210 Boek 6 BW, aant. 5.

⁶⁵ M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling (diss. Leiden), 1997, p. 209-210; E.J.H. Schrage, Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst (Mon. BW B53), 2009, nr. 78

⁶⁶ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 831; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 834-835; Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-IV 2015/482; R.D. Vriesendorp, Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, 2012/320-321; M.W. Scheltema, GS Verbintenissenrecht, art. 6:212, aant. 7 en 11.

⁶⁷ Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 802, 831 en 834 e.v. Kritisch over deze benadering: S.R. Daminga, Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen, diss. Nijmegen 2014, Serie Onderneming en Recht, Deel 80, §4.4.3.3.

⁶⁸ Vgl. Rb Midden-Nederland 28 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:424, rov. 3.12.

⁶⁹ Zie de Akte d.d. 16 juli 2015 van Lindorff, p. 3, laatste tekstblok.

⁷⁰ De combinatie van teruggave van de zaak en een vergoeding voor het genot is in theorie wel denkbaar. Zie Jac. Hijma en M.M. Olthof, Compendium Nederlands vermogensrecht 2014/28.445.

⁷¹ Vgl. Asser/Hijma 7-I 2013/400, 522-522a; Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-III 2014/708.

⁷² Dus bij gehele of gedeeltelijke (bijvoorbeeld voor de toekomst; vgl. art. 3:53 lid 2 BW) ongeldigheid van het telecommunicatiegedeelte van de overeenkomst.

⁷³ Vgl. M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling (diss. Leiden), 1997, p. 206; T. Hartlief, De gevolgen van vernietiging en van nietigheid naar Nederlands recht, in: J. Smits e.a. (red.), Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, Intersentia, Antwerpen/Groningen, 2002, §2.1, p. 268.

⁷⁴ Aangenomen dat de vorderingen zoals ingesteld door de aanbieder hiervoor ruimte laten.

⁷⁵ Het rapport Ambtshalve toepassing stelt voor om de schade ter zake van de toekomstige termijnen voor de belcomponent te bepalen op de helft van de onbetaald gebleven belcomponent. Zie het oorspronkelijke rapport Ambtshalve toepassing (2010), p. 16 en 17 ('lange route'), en het huidige rapport Ambtshalve toepassing (2014), p. 36-37 (toepassing van de systematiek van de 'lange route' indien de toestelprijs wel in de overeenkomst is vermeld) en op p. 38 (indien de toestelprijs niet in de overeenkomst is vermeld).

⁷⁶ NB. De consument zal de waarde van de door de aanbieder onverschuldigd verrichte prestaties moeten vergoeden. Dit is afhankelijk van de uitleg van de overeenkomst: in hoeverre betaalt de consument voor daadwerkelijk gebruik van de telecomdiensten dan wel voor de mogelijkheid om deze diensten (in een bepaalde hoeveelheid en samenstelling) tegen een afgesproken bedrag af te nemen? Het voorbeeld gaat ervan uit dat de prestatie van de aanbieder eruit bestaat om de consument per maand de gelegenheid te bieden om telecommunicatiediensten 'binnen de bundel' af te nemen en dat de consument daarvoor een vast bedrag betaalt, ongeacht of hij deze diensten tot het afgesproken maximum binnen de bundel afneemt. Met 'bellen buiten de bundel' houdt het voorbeeld geen rekening.

⁷⁷ Onverschuldigd betaald door de aanbieder een prestatie gedurende 6 maanden te waarderen op steeds € 20, dus in totaal op $6 \times € 20 = € 120$; door de consument is betaald $3 \times € 20 = € 60$.

⁷⁸ HvJEU 3 juni 2010, C-484/08, EU:C:2010:309 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Ausbanc),

rov. 32; HvJEU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, RCR 2014/57, NJ 2014/355 (Kásler/Jelzálogbank), rov. 41; HvJEU 9 juli 2015, C-348/14, ECLI:EU:C:2015:447 (Maria Bucura/SC Bancpost SA), rov. 50. M.L. Hendrikse, Wanneer is een kernbeding in een (consumenten) verzekeringsovereenkomst onduidelijk of onbegrijpelijk? Enige opmerkingen bij HvJEU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), NTHR 2015/4, §2, p. 200, 2e kolom.

⁷⁹ Arrest Kásler/Jelzálogbank, rov. 42; HvJEU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, RCR 2015/37 (Matei), rov. 49; HvJEU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262, RCR 2015/52 (Van Hove), rov. 31.

⁸⁰ Arrest Kásler/Jelzálogbank, rov. 49-51; arrest Matei, rov. 54; arrest Van Hove, rov. 33.

⁸¹ Arrest Kásler/Jelzálogbank, rov. 54-56; arrest Matei, rov. 55.

⁸² Arrest Matei, rov. 56.

⁸³ HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, NJ 2004/567, m.nt. J. Hijma, JOR 2003/103 m.nt. B. Wessels (Wevers Stous/Stichting Parkwoningen Hoge Weide). Zie ook HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1998:ZC2435, NJ 1998/6 (Assoud/De Nationale Sporttotalisator).

⁸⁴ Zo ook Lindorff, SO nr. 54.

⁸⁵ Arrest Kásler/Jelzálogbank, rov. 61 en 72; arrest Matei, rov. 72; arrest Maria Bucura/SC Bancpost rov. 52; arrest Van Hove, rov. 39.

⁸⁶ Arrest Matei, rov. 74, verwijzend naar arrest Kásler/Jelzálogbank, rov. 73. Vgl. arrest Maria Bucura/SC Bancpost rov. 54-56; arrest Van Hove, rov. 41, 47-48.

⁸⁷ Zie HvJEU 16 april 2015, C-388/13, ECLI:EU:C:2015:225, NJ 2015/436 m.nt. D.W.F. Verkade, IER 2015/33 m.nt. P.G.F.A. Geerts (Hatóság), rov. 49. Het bestaan van een oneerlijke handelspraktijk is relevant met het oog op art. 6:193j lid 3 BW.

⁸⁸ HvJEU 15 maart 2012, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144, NJ 2012/330 m.nt. M.R. Mok (Pereničová en Perenič/ SOS financ), rov. 41-44.

⁸⁹ HvJEU 16 november 2010, C-76/10, ECLI:EU:C:2010:685, Jur. 2010, p. I-11557 (Pohotovost), rov. 71-73. HvJEU 9 juli 2015, C-348/14, ECLI:EU:C:2015:447 (Maria Bucura/SC Bancpost SA), rov. 66.

⁹⁰ Voor de toepassing van bijvoorbeeld Richtlijn 2008/48/EG kan daarmee niet worden volstaan. Zie bij vraag d.

⁹¹ Arrest Van Hove, rov. 48.

⁹² M.i. dient deze eis gelezen mede gelezen te worden in functie van de hiervoor besproken duidelijkheid voor de consument van de economische gevolgen van het beding. De rechter kan m.i. oordelen dat een beding dat een all-in prijs vermeldt aan deze eis voldoet, ook indien het toestel als 'gratis' werd gepresenteerd, omdat de consument er ook in dat geval in het algemeen vanuit zal gaan dat de maandtermijn tevens is bedoeld voor afbetaling van het toestel.
