

# JOR 2017/321

**Consumentenkrediet, Fraude met telefonieabbonementen, Gezien strekking van art. 7A:1576 lid 2 (oud) BW is beroep op deze regeling in gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, Beroep op beschermingsbepalingen in Titel 2A van Boek 7 BW kan i.c. worden beschouwd als misbruik van Unierecht, Dergelijk misbruik rechtvaardigt toepassing van derogerende werking van redelijkheid en billijkheid**

## GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	05-09-2017
Publicatie	JOR 2017/321 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 12, 2017
Annotator	mr. J.M. van Poelgeest
ECLI	ECLI:NL:GHDHA:2017:2465
Zaaknummer	200.203.343-01
Overige publicaties	ECLI:NL:GHDHA:2017:2465
Rechtsgebied	Bank- en effectenrecht, financiering
Rubriek	Bank- en effectenrecht
Rechters	mr. Verbeek mr. Van de Ven mr. Glazener
Partijen	Intrum Justitia Nederland BV te Den Haag appellante, advocaat: mr. I.S. Oosterhoff, tegen Y, geïntimeerde, niet verschenen.
Regelgeving	BW Boek 6 - 248 lid 2 BW Boek 7A - 1576 lid 2 (oud) BW Boek 7 - 57 BW Boek 7 - 61 lid 2

## SAMENVATTING

Geïntimeerde heeft de onderhavige telefoonabbonementen afgesloten met het oogmerk de verkregen mobiele telefoons direct af te staan aan een derde, die de telefoons verkocht en een deel van de opbrengst aan geïntimeerde gaf. In de onderhavige overeenkomsten is de prijs van de mobiele telefoon niet opgenomen. Daaruit volgt in beginsel dat de overeenkomsten, voor zover het betreft het toestelgedeelte, geen rechtsgevolg hebben (HR 12 februari 2016, «JOR» 2016/127, m.nt. Biemans en Van Poelgeest (Lindorff/Nazier), r.o. 3.11.1). Appellante is van mening dat in een evident fraudegeval als het onderhavige een uitzondering op deze regel moet worden gemaakt.

In het onderhavige geval staat vast dat toepassing van art. 7A:1576 lid 2 BW er niet toe kan dienen om geïntimeerde te beschermen tegen de schadelijke gevolgen van koop op afbetaling. Geïntimeerde heeft immers nimmer het oogmerk gehad om telecommunicatiediensten van de telecomaandbieder af te nemen, en heeft de abonnementen uitsluitend afgesloten om dure mobiele telefoons te bemachtigen die hij direct daarna afstond aan een derde, zodat deze derde persoon ze kon doorverkopen. Geïntimeerde had er zodoende geen enkel belang bij te weten welk deel van de maandelijkse termijnen zag op de toestelcomponenten of de gebruikscomponenten. In deze specifieke omstandigheden schiet de bescherming van art. 7A:1576 lid 2 BW zijn doel voorbij. Het beroep van geïntimeerde op de bescherming van art. 7A:1576 lid 2 BW is in deze specifieke omstandigheden dan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Met betrekking tot het beroep op de vereisten van Titel 7.2A, welke vereisten evenals de regeling inzake koop op afstand ten doel hebben om de consument te beschermen tegen overkreditering, geldt in beginsel hetzelfde en moet het beroep op de vereisten van Titel 7.2A BW in de specifieke omstandigheden van dit geval in beginsel eveneens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht. In het geval van Titel 7.2A BW moet daarbij echter ook in aanmerking worden genomen dat deze titel mede dient ter implementatie van Richtlijn 2008/48/EG inzake kredietovereenkomsten voor consumenten (hierna: Richtlijn consumentenkrediet). Dat roept de vraag op of de redelijkheid en billijkheid ook wettelijke bepalingen die hun oorsprong vinden in Unierecht opzij kunnen zetten.

Voorop staat dat de toepassing van een nationaal rechtsbeginsel als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen afbreuk mag doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van bepalingen van Unierecht. In het bijzonder mogen de nationale rechterlijke instanties bij de beoordeling van de uitoefening van een recht dat voortvloeit uit een Unierechtelijke bepaling, de strekking van deze bepaling niet wijzigen noch de daardoor nagestreefde doelstellingen in gevaar brengen. Het Unierecht verzet zich er echter niet tegen dat de nationale rechterlijke instanties een beginsel van nationaal recht toepassen om te beoordelen of een uit een bepaling van Unierecht voortvloeiend recht wordt misbruikt (zie o.a. HvJ EU 12 mei 1998, ECLI:EU:C:1998:222, Kefalas e.a., r.o. 20 tot en met 22).

Aan de volle werking en eenvormige toepassing van de in de richtlijn opgenomen verplichtingen wordt geen afbreuk gedaan indien deze bescherming wordt onthouden aan een partij als geïntimeerde in de specifieke omstandigheden van dit geval. In dergelijke omstandigheden kan het beroep van deze partijen op de bepalingen ter uitvoering van de Richtlijn consumentenkrediet worden beschouwd als misbruik van Unierecht. Uit de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie leidt het hof af dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden toegepast om dergelijk misbruik tegen te gaan.

## UITSPRAAK

## 2. Feiten

2.1. De door de kantonrechter in het vonnis van 25 juli 2016 (Rb. Den Haag, sector kanton, zaaknr. 1258663/RL EXPL 13-8636; *red.*) vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende.

2.2. Y is op 11 en 12 januari 2012 met Vodafone Libertel B.V. (hierna: de telecoomaanbieder) in twee verschillende winkels twee overeenkomsten aangegaan, beide voor de duur van 24 maanden, op grond waarvan Y tegen betaling van maandelijkse abonnements- en gebruikskosten gebruik kon maken van het mobiele telecommunicatienetwerk van de telecoomaanbieder. Op deze overeenkomsten zijn de algemene voorwaarden van de telecoomaanbieder van toepassing verklaard. Bij het aangaan van de overeenkomsten zijn aan Y twee mobiele telefoons verstrekt.

2.3. Y heeft de telefoons met de simkaarten direct na het afsluiten van de overeenkomsten overhandigd aan Z (hierna te noemen: Z). Zelf heeft Y geen gebruik gemaakt van de telefoons en de simkaarten.

2.4. De overeenkomsten zijn per 9 april 2012 wegens wanbetaling door de telecoomaanbieder ontbonden. De vorderingen die voortvloeien uit de tussen de telecoomaanbieder en Y gesloten overeenkomsten, heeft de telecoomaanbieder gecedeerd aan Intrum Justitia. Van deze cessie is mededeling gedaan aan Y.

2.5. Y heeft op 7 februari 2013 aangifte gedaan tegen Z. In deze aangifte heeft Y onder meer het volgende verklaard:

“In totaal heb ik rond de 14 telefoonabonnementen afgesloten voor Z [Z, opm. hof]. Het ging allemaal om 2-jarige abonnementen met dure telefoons. Deze telefoons werden altijd doorverkocht door Z en ik kreeg altijd een gedeelte van het geld. Meestal kreeg ik 100 euro per telefoon. (...) Het laatste dat ik over [Z] kan zeggen is dat hij totaal niet agressief is en dat hij nog nooit heeft gevochten. Ik geloof nooit dat hij mensen heeft gedwongen om abonnementen af te sluiten.”

2.6. Z is door de meervoudige strafkamer van de rechtbank Den Haag op 30 juli 2013 veroordeeld wegens oplichting, door 15 personen – waaronder Y – te bewegen meerdere telefoonabonnementen op hun naam af te sluiten en direct daarna de telefoons, simkaarten en contracten aan Z te overhandigen tegen een bedrag van € 100,- tot € 200,- per telefoon. De rechtbank heeft Y bij dat vonnis niet ontvankelijk verklaard in zijn vordering benadeelde partij, omdat in bepaalde mate sprake was van een eigen aandeel van Y in de criminele activiteiten van Z. Tegen het vonnis van de rechtbank is hoger beroep ingesteld. Bij arrest van het gerechtshof Den Haag van 15 oktober 2014 is Z eveneens veroordeeld wegens oplichting en is Y eveneens niet ontvankelijk verklaard in zijn vordering benadeelde partij.

## 3. Vorderingen en beoordeling in eerste aanleg

3.1. In eerste aanleg heeft Intrum Justitia gevorderd Y bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen tot betaling van € 2.452,43, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 2.126,73 vanaf 6 september 2012 tot de dag van betaling, met veroordeling van Y in de kosten van de procedure. Het bedrag van € 2.126,73 bestond uit een schadevergoeding wegens de vroegtijdige beëindiging van de overeenkomsten, die Intrum Justitia heeft gesteld op 75% van de abonnementsstermijnen vanaf april 2012 tot aan het einde van de looptijd van de overeenkomsten, en uit de door Y onbetaald gelaten aansluitkosten en abonnementsstermijnen over de periode januari tot en met april 2012. Daarnaast vorderde Intrum Justitia buitengerechtelijke kosten van € 300,- en wettelijke rente.

3.2. Bij verstekvonnis van 3 oktober 2012 heeft de kantonrechter de vorderingen van Intrum Justitia toegewezen. Y heeft verzet gedaan tegen deze veroordeling en bij de verzetdagvaarding Z in vrijwaring opgeroepen. De vrijwaringszaak zal hier niet verder worden besproken. De hoofdzaak is enige tijd aangehouden in verband met het feit dat in een vergelijkbare zaak prejudiciële vragen waren gesteld aan de Hoge Raad, die de Hoge Raad bij arrest van 12 februari 2016 («JOR» 2016/127, m.nt. Biemans en Van Poelgeest; *red.*) (*Lindorff/Nazier*, ECLI:NL:HR:2016:236) heeft beantwoord. Uiteindelijk heeft de kantonrechter bij vonnis van 25 juli 2016, uitvoerbaar bij voorraad, het verstekvonnis vernietigd en opnieuw rechtdoende, Y veroordeeld tot betaling van € 1.274,98, te vermeerderen met de wettelijke rente over een bedrag van € 1.124,98 vanaf de dag van verschuldigdheid tot de dag van betaling, en met veroordeling van Y in de proceskosten. Het meer gevorderde heeft de kantonrechter afgewezen.

3.3. De kantonrechter heeft in hoofdlijnen het volgende overwogen. Y is de overeenkomsten met de telecoomaanbieder uit vrije wil aangegaan en is aansprakelijk voor de verplichtingen die voortvloeien uit deze overeenkomsten. Hij kan zich er tegenover de telecoomaanbieder niet op beroepen dat Z hem onder valse voorwendselen heeft overgehaald om de overeenkomsten op zijn naam te zetten. De overeenkomsten moeten worden getoetst aan de wettelijke vereisten voor koop en verkoop op afbetaling (artikel 7A:1576 e.v. van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Vanwege het semi-dwingende karakter van deze vereisten kan daar niet van worden afgeweken. Omdat in de overeenkomsten de prijs voor de mobiele telefoons niet is opgenomen, zijn de overeenkomsten, voor zover zij bestaan uit de koop op afbetaling van de telefoons, op grond van artikel 7A:1576, tweede lid BW niet tot stand gekomen. Daarom dient de telecoomaanbieder aan Y terug te geven wat hij voor de telefoons heeft betaald. Voor de bepaling van de waarde van de toestellen moet worden uitgegaan van de geldende verkoopwaarde. Op basis daarvan kan worden berekend welk gedeelte van de door Y verschuldigde abonnementsstermijnen betrekking heeft op de telefoons (hierna: de toestelcomponent). Die toestelcomponent moet worden afgetrokken van de reeds vervallen en nog resterende abonnementsstermijnen. Conform het Rapport Ambtshalve Toetsing II kan de door Intrum Justitia gestelde schade worden geschat op de helft van de aldus berekende, resterende abonnementsstermijnen.

3.4. Op grond van deze overwegingen heeft de kantonrechter de door Intrum Justitia gevorderde schadevergoeding toegewezen tot een bedrag van € 905,30. Daarnaast heeft de kantonrechter Y veroordeeld tot betaling van € 219,68 voor de aansluitkosten en de abonnementsstermijnen over de periode januari tot en met april 2012. Beide bedragen zijn vermeerderd met wettelijke rente vanaf de dag van verschuldigdheid. Conform het Rapport Voor-Werk II heeft de kantonrechter € 150,- voor buitengerechtelijke kosten toegewezen. Voor het meerdere heeft de kantonrechter de vorderingen van Intrum Justitia afgewezen. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij is Y veroordeeld in de kosten van de procedure.

## 4. Beoordeling van het hoger beroep

4.1. In hoger beroep vordert Intrum Justitia, naast vernietiging van het vonnis van de kantonrechter, (volledige) toewijzing van haar vorderingen in eerste aanleg, met veroordeling van Y in de proceskosten, inclusief nakosten, en vermeerderd met wettelijke rente.

4.2. *Grief 1* van Intrum Justitia is gericht tegen rechtsoverwegingen 4.7 en 4.8 en 4.21 tot en met 4.24 van het bestreden vonnis. Volgens Intrum Justitia kan wél van artikel 7A:1576 BW worden afgeweken, als een beroep op die bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De door Y afgesloten telefoonabonnementen zijn dus wél tot stand gekomen, ook voor het gedeelte dat te beschouwen is als koop op afbetaling van de telefoons. De kantonrechter heeft de toestelcomponenten dus ten onrechte uit de verschuldigde schadevergoeding gefilterd en de gevorderde schadevergoeding ten onrechte toegewezen tot een bedrag van slechts € 905,30. Volledigheidshalve heeft Intrum Justitia daaraan toegevoegd dat er evenmin grond is voor ambtshalve vernietiging van de overeenkomsten voor het toestelgedeelte op grond van de bepalingen van Titel 2A van boek 7 BW (Consumentenkredietovereenkomsten), omdat het gaat om “zachte” kredietovereenkomsten in de zin van artikel 7:58, tweede lid onder e BW, waarbij geen rente en andere kosten in rekening worden gebracht. *Grief 2* van Intrum Justitia wordt aangevoerd voor het geval *grief 1* niet wordt gehonoreerd. In dat geval is Y volgens Intrum Justitia op grond van artikel 6:203 BW verplicht de telefoons terug te geven, dan wel de waarde daarvan te vergoeden. Omdat hij te kwader trouw is, is hij krachtens artikel 6:205 BW zonder ingebrekestelling in verzuim vanaf het moment dat hij de telefoons heeft aangenomen. *Grief 3* is gericht tegen de berekening van de toestelcomponenten van de afgesloten abonnementen, en draagt daarmee eveneens een subsidiair karakter. Met deze *grief* voert Intrum Justitia aan dat de kantonrechter bij de vaststelling van de toestelcomponenten ten

onrechte is uitgegaan van de geldende verkoopwaarde van de telefoons. Vaststelling van de toestelcomponenten aan de hand van een vergelijking met een sim-only abonnement sluit beter aan bij de bedrijfseconomische werkelijkheid, zowel vanuit het perspectief van de telecomaandbieder als vanuit het perspectief van de consument. De vrees van de kantonrechter voor manipulatie indien voor de vaststelling van de toestelcomponenten een sim-only benadering zou worden gevolgd, is volgens Intrum Justitia ongegrond.

4.3. Bij de beoordeling van het hoger beroep stelt het hof voorop dat Y de onderhavige telefoonabonnementen heeft afgesloten met het oogmerk de verkregen mobiele telefoons direct af te staan aan Z, die de telefoons verkocht en een deel van de opbrengst aan Y gaf. Y heeft zelf geen gebruik gemaakt van de telefoons of de afgesloten telefoonabonnementen en had bij het afsluiten van abonnementen ook niet het oogmerk dat te doen. Zoals Y in zijn aangifte heeft verklaard, heeft hij naast de onderhavige telefoonabonnementen nog circa 12 soortgelijke abonnementen afgesloten, altijd in combinatie met dure mobiele telefoons. Ook die telefoons heeft hij direct na het afsluiten van de abonnementen afgestaan aan Z, in ruil voor een deel van de opbrengst. Zoals de rechtbank Den Haag in het hiervoor genoemde – door het gerechtshof Den Haag bekrachtigde – vonnis van 30 juli 2013 heeft overwogen, heeft Y daarmee een aandeel gehad in de criminele activiteiten van Z.

4.4. Nu Intrum Justitia dat niet heeft bestreden, neemt het hof tot uitgangspunt dat de onderhavige overeenkomsten moeten worden aangemerkt als overeenkomsten van koop op afbetaling in de zin van artikel 7A:1576 e.v. BW. Titel 5A van Boek 7A BW, waar artikel 7A:1576 e.v. BW deel van uitmaken, is komen te vervallen op 1 januari 2017 met de inwerkingtreding van de wet van 5 oktober 2016, houdende aanvulling van Boek 7 BW met de nieuwe afdelingen 7.2a.2 en 7.2b.1 en 2 en een nieuwe titel 7.2c (Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlending) (Stb. 2016, 360). Op grond van de toepasselijke overgangsbepalingen blijft Titel 5A echter gelden voor overeenkomsten die vóór 1 januari 2017 zijn gesloten.

4.5. Ingevolge artikel 7A:1576, tweede lid BW is een overeenkomst van koop op afbetaling niet van kracht voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald. Het staat vast dat in de onderhavige overeenkomsten de prijs van de mobiele telefoon niet is opgenomen. Daaruit volgt in beginsel dat de overeenkomsten, voor zover het betreft het toestelgedeelte, geen rechtsgevolg hebben (HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.11.1). Volgens Intrum Justitia is dat echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. In dat verband wijst Intrum Justitia er op dat de Hoge Raad in r.o. 3.13 van het arrest *Lindorff/Nazier* heeft overwogen dat “(...) als regel niet gezegd [kan] worden dat die vernietiging [van het toestelgedeelte van de overeenkomsten, toevoeging hof] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is”, daarmee de mogelijkheid van een uitzondering openlatend. Intrum Justitia is van mening dat in een evident fraudegeval als het onderhavige een uitzondering op deze regel moet worden gemaakt.

4.6. Het hof oordeelt hieromtrent als volgt. Bij de beoordeling van een beroep op de redelijkheid en billijkheid om een wettelijke bepaling opzij te zetten moet de rechter terughoudend zijn. Indien het gaat om een bepaling van dwingend recht bestaat voor honorering van een zodanig beroep nog minder ruimte (HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695). In uitzonderlijke omstandigheden kunnen er echter redenen zijn om – ook in het geval van een dwingendrechtelijke bepaling – een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid te honoreren. Uit r.o. 3.13 van het arrest *Lindorff/Nazier* leidt het hof af dat de Hoge Raad die mogelijkheid ook in het geval van de onderhavige telefoonabonnementen met toestel openlaat.

4.7. Bij de vraag of in het onderhavige geval sprake is van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden neemt het hof de strekking van de regeling inzake de koop op afbetaling in aanmerking. De strekking van die regeling is de bescherming van de consument/koper, met name tegen overkreditering (HR 13 juni 2014 («JOR» 2014/206, m.nt. Van Poelgeest en Biemans; *red.*), ECLI:NL:HR:2014:1385 (*Lindorff/Statia*), r.o. 3.4.3). Dat betekent dat omstandigheden waarin de bescherming van de consument/koper tegen overkreditering in het geding is, in beginsel niet kwalificeren als uitzonderlijke omstandigheden waarin een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid mogelijk is. Omgekeerd is er minder aanleiding om een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid uit te sluiten, indien toepassing van de regeling er niet toe bij kan dragen dat de consument/koper wordt beschermd tegen de schadelijke gevolgen van koop op afbetaling.

4.8. In het onderhavige geval staat vast dat toepassing van artikel 7A:1576, tweede lid BW er niet toe kan dienen om Y te beschermen tegen de schadelijke gevolgen van koop op afbetaling. Zoals het hof hiervoor in r.o. 4.3 heeft overwogen, heeft Y nimmer het oogmerk gehad om telecommunicatiediensten van de telecomaandbieder af te nemen, en heeft hij de abonnementen uitsluitend afgesloten om dure mobiele telefoons te bemachtigen die hij direct daarna afstond aan Z zodat Z deze kon doorverkopen. Y had er zodoende geen enkel belang bij te weten welk deel van de maandelijkse termijnen zag op de toestelcomponenten of de gebruikscomponenten. In deze specifieke omstandigheden, nader omschreven in r.o. 4.3, schiet de bescherming van artikel 7A:1576, tweede lid BW zijn doel voorbij. Het beroep van Y op de bescherming van artikel 7A:1576, tweede lid BW is in deze specifieke omstandigheden dan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

4.9. Y heeft in eerste aanleg ook een beroep gedaan op Titel 2A van Boek 7 BW. Volgens Y is ten aanzien van de mobiele telefoons sprake van kredietovereenkomsten in de zin van artikel 7:57 BW. Titel 7.2A BW legt op de kredietgever onder meer de verplichting om in de kredietovereenkomst bepaalde gegevens te vermelden, waaronder het kredietbedrag en de door de consument te betalen aflossingen (artikel 7:61, tweede lid BW). Omdat deze gegevens niet zijn vermeld in de telefoonabonnementen, zijn deze volgens Y vernietigbaar. Vanwege de devolutive werking van het hoger beroep zal het hof alsnog op dit verweer van Y ingaan. Overigens dient het hof ook ambtshalve te onderzoeken of is voldaan aan het bepaalde in Titel 7.2A BW, en een kredietovereenkomst die daar niet aan voldoet zo nodig ambtshalve te vernietigen (vgl. r.o. 3.9 van het arrest *Lindorff/Nazier*).

4.10. Intrum Justitia heeft niet bestreden dat de onderhavige overeenkomsten ten aanzien van de mobiele telefoons moeten worden beschouwd als kredietovereenkomsten in de zin van artikel 7:57 BW, en dat deze overeenkomsten niet de informatie bevatten die op grond van artikel 7:61, tweede lid BW in kredietovereenkomsten moet worden opgenomen. Volgens Intrum Justitia is Titel 7.2A BW echter ingevolge artikel 7:58, tweede lid onder e BW niet op de overeenkomsten van toepassing omdat sprake is van “zacht krediet” (krediet zonder rente en andere kosten) in de zin van die bepaling. Daartoe stelt Intrum Justitia dat de telecomaandbieder geen rente of andere kosten in rekening heeft gebracht. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, kan het hof echter niet nagaan of in de toestelcomponenten van de overeenkomsten (geen) rente of kosten zijn verwerkt. Daarom zal het hof aan het beroep van Intrum Justitia op artikel 7:58, tweede lid onder e BW voorbijgaan.

4.11. Intrum Justitia heeft verder aangevoerd dat een beroep op de vereisten van Titel 7.2A BW onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Deze vereisten hebben evenals de regeling inzake koop op afstand ten doel om de consument te beschermen tegen overkreditering. Voor de vraag of een beroep op de vereisten van Titel 7.2A naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, geldt daarom in beginsel hetzelfde als hetgeen het hof hiervoor in r.o. 4.6 tot en met 4.8 heeft overwogen naar aanleiding van de vraag of de redelijkheid en billijkheid artikel 7A:1576 BW opzij kunnen zetten. Op grond van die overwegingen moet het beroep op de vereisten van Titel 7.2A BW in de specifieke omstandigheden van dit geval in beginsel eveneens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht. In het geval van Titel 7.2A BW moet daarbij echter ook in aanmerking worden genomen dat deze titel mede dient ter implementatie van Richtlijn 2008/48/EG inzake kredietovereenkomsten voor consumenten (hierna: Richtlijn consumentenkrediet). Dat roept de vraag op of de redelijkheid en billijkheid ook wettelijke bepalingen die hun oorsprong vinden in Unierecht opzij kunnen zetten.

4.12. Voorop staat dat de toepassing van een nationaal rechtsbeginsel als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen afbreuk mag doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van bepalingen van Unierecht. In het bijzonder mogen de nationale rechterlijke instanties bij de beoordeling van de uitvoering van een recht dat voortvloeit uit een Unierechtelijke bepaling, de strekking van deze bepaling niet wijzigen noch de daardoor nagestreefde doelstellingen in gevaar brengen. Het Unierecht verzet zich er echter niet tegen dat de nationale rechterlijke instanties een beginsel van nationaal recht toepassen om te beoordelen of een uit een bepaling van Unierecht voortvloeiend recht wordt misbruikt (zie o.a. HvJ EU 12 mei 1998, ECLI:EU:C:1998:222, *Kefalas e.a.*, r.o. 20 tot en met 22).

4.13. De Richtlijn consumentenkrediet heeft ten doel om de nationale bepalingen op het gebied van het consumentenkrediet te harmoniseren en een adequaat beschermingsniveau voor de consument te verzekeren. De in de richtlijn opgenomen verplichtingen strekken ertoe de consument te informeren, zodat hij een weloverwogen beslissing kan nemen over de verplichtingen die hij aangaat, en de consument aldus te beschermen tegen overkreditering. Aan de volle werking en eenvormige toepassing van deze verplichtingen wordt geen afbreuk gedaan indien deze bescherming wordt onthouden aan een partij als Y in de specifieke omstandigheden die het hof hiervoor in r.o. 4.3 heeft geschetst. De informatieverplichtingen van de richtlijn zijn immers niet in het leven geroepen om partijen te beschermen die telefoonabonnementen afsluiten met als enige oogmerk dure mobiele telefoons te bemachtigen en deze direct (tegen betaling van een vergoeding) af te staan aan een derde die de mobiele telefoons doorverkoopt. In dergelijke omstandigheden kan het beroep van deze partijen op de bepalingen ter uitvoering van de Richtlijn consumentenkrediet worden beschouwd als misbruik van Unierecht. Uit de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie leidt het hof af dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden toegepast om dergelijk misbruik tegen te gaan.

4.14. Intrum Justitia heeft dus terecht aangevoerd dat toepassing van zowel artikel 7A:1576 BW als Titel 7.2A BW in de specifieke omstandigheden van dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In zoverre slaagt grief 1. De overige grieven zijn aangevoerd voor het geval grief 1 niet zou worden gehonoreerd, en kunnen onbesproken blijven.

4.15. Het hof zal het vonnis van de kantonrechter dus vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Intrum Justitia alsnog volledig toewijzen en Y veroordelen tot betaling van de aansluitkosten en abonnementsstermijnen over de maanden januari tot en met april 2012 en, bij wege van schadevergoeding, de gedeelde abonnementsstermijnen over de resterende looptijd van de overeenkomsten. Intrum Justitia heeft haar vordering tot schadevergoeding beperkt tot 75% van de resterende abonnementsstermijnen op grond van het rapport Ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht (2010) van de LOVCK werkgroep Ambtshalve toetsing. De in dat rapport aanbevolen “korte route” hield kort gezegd in dat als de vordering werd beperkt tot 75% van de resterende abonnementsstermijnen, deze zonder nader onderzoek zou kunnen worden toegewezen. Dit rapport is herzien in 2014. Volgens het herziene rapport Ambtshalve toetsing II kan deze “korte route” na het arrest *Lindorff/Statia* niet worden gevolgd als de waarde van het toestel niet in de overeenkomst is bepaald (zie paragraaf 3.4.7). Nu artikel 7A:1576 BW en Titel 7.2A BW in dit geval buiten beschouwing worden gelaten, kan echter aansluiting worden gezocht bij de “korte route” van het oude rapport Ambtshalve toetsing. Het hof zal de vordering tot schadevergoeding dus toewijzen zoals gematigd door Intrum Justitia, omdat het hof grief 1 aldus verstaat dat Intrum Justitia met haar bezwaren tegen r.o. 4.21 tot en met 4.24 van het bestreden vonnis tevens opkomt tegen de schatting door de kantonrechter van de schade op de helft van de resterende abonnementsstermijnen. Voor die beperking is in de gegeven omstandigheden naar het oordeel van het hof geen grond. Dit betekent dat een bedrag van € 2.126,73 in hoofdsom zal worden toegewezen, te vermeerderen met de verschenen wettelijke rente van € 25,70. Verder zal het hof de gevorderde buitengerechtelijke kosten toewijzen tot het bedrag van € 150, – dat is toegewezen door de kantonrechter, nu Intrum Justitia daar geen grief tegen heeft gericht. Y zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep, te vermeerderen met de nakosten en met wettelijke rente.

## 5. BESLISSING

---

Het hof:

– vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag, sector kanton van 25 juli 2016;

en, opnieuw rechtdoende:

– veroordeelt Y tot betaling aan Intrum Justitia van € 2.302,43, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 2.126,73 vanaf 6 september 2012 tot de dag van betaling

– veroordeelt Y in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

– verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

## NOOT

---

1. In deze zaak heeft oplichting plaatsgevonden. Een consument is diverse overeenkomsten aangegaan voor een telefonieabonnement met een telefoon. De consument heeft de telefoons na het afsluiten van het abonnement aan een derde overhandigd tegen ontvangst van een bedrag. Deze derde persoon is veroordeeld wegens oplichting. Er zijn door de consument geen betalingen gedaan in verband met de (later ontbonden) overeenkomsten.

2. In deze uitspraak komen diverse leerstukken terug: (i) Wanneer is er sprake van krediet? (ii) Wat zijn de civiele gevolgen als krediet niet conform de kredietregels is verstrekt? (iii) Moeten (Europeesrechtelijke) dwingende consumentenbeschermende bepalingen ambtshalve worden getoetst? en (iv) Kan de redelijkheid en billijkheid onder bijzondere omstandigheden dwingendrechtelijke consumentenbeschermende bepalingen (op basis van nationaal recht en op basis van Europees recht) opzij zetten?

3. De eerste vraag houdt verband met het feit dat de consument overeenkomsten is aangegaan voor een telefonieabonnement met een telefoon. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de situatie waarbij een “gratis” telefoon in combinatie met een telefonieabonnement is verstrekt, moet worden aangemerkt als kredietverstrekking waarbij dus in beginsel de publiekrechtelijke en civielrechtelijke kredietbepalingen in acht moeten worden genomen (Hoge Raad 13 juni 2014, «JOR» 2014/206, m.nt. Van Poelgeest en Biemans (*Lindorff/Statia*)).

4. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld over de civiele gevolgen van deze kredietverstrekking (Hoge Raad 12 februari 2016, «JOR» 2016/127, m.nt. Biemans en Van Poelgeest (*Lindorff/Nazier*)). Gegeven is dat bij het verstrekken van de telefoons waarvan de koopsom in termijnen mochten worden betaald, de regels omtrent kredietverstrekking over het algemeen niet in acht zijn genomen. Het uitgangspunt is dat het onderdeel van de overeenkomst met betrekking tot de telefoon/het krediet niet van kracht is, dan wel vernietigbaar is.

5. Indirect komt in deze uitspraak aan de orde dat dwingendrechtelijke consumentenbeschermende bepalingen op basis van de richtlijn consumentenkrediet ook ambtshalve moeten worden getoetst. Zie over de ambtshalve toetsing en kredietovereenkomsten onder meer: HvJ EU, 4 oktober 2007, C-429/05 (*Rampion*), HvJ EU 16 november 2010, C-76/10 (*Pohotovost*), HvJ EU 14 juni 2012 (*Banco Español*), HvJ EU 18 december 2014 (*Bakkhaus*). Hierover ook: F.J.P. Lock, ‘De verdeling van stelplicht en bewijslast tussen de consument en de tekortschietende kredietverstrekker, een Nederlands en Europees perspectief’, *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht*, 2016/16. In Europese en nationale uitspraken is bepaald dat ook als een consument hier geen beroep op doet (en ook bij verstekzaken) de rechter bij consumentenkrediet ambtshalve na zal gaan of aan de nationale bepalingen die (onder andere) de Europese richtlijn consumentenkrediet implementeren is voldaan. Indien dat niet het geval is, kan de rechter daar ook ambtshalve civiele gevolgen aan verbinden. De rechter kan onder omstandigheden dan ook ambtshalve overgaan tot bijvoorbeeld vernietiging.

6. De vervolgvraag is echter of bovenstaande regels ook moeten worden toegepast onder bijzondere omstandigheden (zoals in dit geval: bij een oplichting) en daarmee of de redelijkheid en billijkheid dwingendrechtelijke consumentenbeschermende bepalingen (op basis van nationaal recht (art. 7A:1576 BW oud) en op basis van Europees recht, boek 7, Titel 2a BW die (deels) de richtlijn consumentenkrediet implementeert) opzij kan zetten.

7. In deze uitspraak beoordeelt het hof eerst of het dwingendrechtelijke nationale recht opzij kan worden gezet en vervolgens of Europeesrechtelijke bepalingen opzij kunnen worden gezet door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

8. In verband met het nationale recht overweegt het hof dat de bescherming van art. 7A:1576 (oud) BW in deze specifieke omstandigheden onaanvaardbaar is. Dit artikel beschermt de consument in die zin dat het voor de consument van belang is om geïnformeerd te worden over welk deel van het periodieke bedrag ziet op de telefoon en welk deel op de telefonie. Bij doorverkoop van de telefoons zonder intentie om bedragen te betalen is er geen belang van de consument om hierover geïnformeerd te worden zodat deze bepaling opzij gezet kan worden. Deze uitspraak is – uiteraard – ook van belang voor het huidige recht – art. 7:84 en art. 7:86 BW waarin op dit moment de verplichting is opgenomen om de koopprijs te vermelden in geval van goederenkrediet –, maar ook voor andere dwingendrechtelijke, consumentenbeschermende bepalingen van nationale oorsprong. Een beroep op de redelijkheid en billijkheid kan – rekening houdend met het doel van de bepaling – de bepaling opzij zetten.

9. De vervolgvraag is nog interessanter omdat daar het dwingendrechtelijke Europese consumentenrecht opzij gezet moet worden op basis van een nationale bepaling (de redelijkheid en billijkheid). Het hof overweegt in dit verband dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen afbreuk mag doen aan de volle werking en eenvormige toepassing van het Europese consumentenrecht (in dit geval de richtlijn consumentenkrediet). Tevens overweegt het hof, onder verwijzing naar Europese jurisprudentie waaruit volgt dat bij misbruik geen beroep kan worden gedaan op het Europese Unierecht, dat het Unierecht zich er niet tegen verzet dat door middel van een beginsel van nationaal recht wordt voorkomen dat een recht voortvloeiend uit het Unierecht wordt misbruikt. Om deze beoordeling te maken wordt gekeken naar de doelstellingen van de richtlijn consumentenkrediet (kort gezegd het adequaat informeren van de consument en het voorkomen van overkreditering). Het hof komt vervolgens mijns inziens terecht tot de conclusie dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de volle werking en eenvormige toepassing van de richtlijn consumentenkrediet als deze bescherming wordt onthouden aan consumenten die zich bezighouden met oplichting zoals in de onderhavige situatie. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan volgens het hof worden toegepast om misbruik van het Unierecht tegen te gaan. Dit oordeel is belangrijk gelet op de toename van Europees consumentenrecht en de (bijbehorende) toename van (ambtshalve) toetsingen van de betreffende bepalingen en de bewijslast dat is voldaan aan het Europees consumentenrecht, die toch veelal komt te liggen bij de professionele partij. De professionele partij kan zich onder (hele) bijzondere omstandigheden nog wel beroepen op de redelijkheid en billijkheid zodat extreme situaties, waarbij een consument wordt beschermd terwijl dit niet past bij het doel van de regeling, kunnen worden voorkomen.

10. De consument wordt bij kredietverstrekking intensief beschermd. De consument hoeft – indien de consument niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen op basis van een kredietovereenkomst – niet te verschijnen noch een beroep te doen op Europese consumentenbeschermende bepalingen, waarbij de rechter vervolgens veelal ambtshalve voor de consument zal beoordelen of (bewezen kan worden dat) aan de betreffende bepalingen is voldaan en de rechter kan daar vervolgens ook gevolgen aan verbinden. Passend is dat de consumentenbescherming niet zo ver gaat dat fraude en oplichting deze consumentenbescherming niet kan doorbreken. Dat zou immers niet aansluiten bij het doel van de consumentenrechtelijke bepalingen, waaronder het beschermen van de consument en het in evenwicht brengen van de positie van partijen.

mr. J.M. van Poelgeest, advocaat te Amsterdam