

# Actualia

## contractspraktijk

## All-inprijs ambtshalve getoetst

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard\*

### 1. Inleiding

Op 13 juni 2014 wees de Hoge Raad een arrest in de zaak Lindorff/Statia over – kort gezegd – de vraag of een ‘gratis’ mobiele telefoon dat bij een abonnement voor mobiele telefonie wordt verstrekt, daadwerkelijk gratis is.<sup>1</sup> ‘Nee’, aldus de Hoge Raad, die oordeelde dat het verstrekken van de telefoon<sup>2</sup> als koop op afbetaling moet worden gezien en ook als consumentenkrediet, met alle gevolgen van dien. Een korte recapitulatie van dat arrest volgt in paragraaf 2 van deze bijdrage.

Op 8 juli 2015 stelde de kantonrechter van de Rechtbank Den Haag nieuwe prejudiciële vragen, die voortborduurden op de antwoorden uit het arrest Lindorff/Statia.<sup>3</sup> Deze vragen zijn mede ingegeven door het rapport *Ambtshalve toetsing II* van het landelijk overleg van voorzitters van de teams voor handel en kanton van de Rechtspraak. De Hoge Raad heeft deze prejudiciële vragen bij arrest van 12 februari 2016 beantwoord.<sup>4</sup> De beantwoording van de prejudiciële vragen is interessant tegen de achtergrond van de immer uitdijende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) (par. 3). Het leerstuk van de ambtshalve toetsing komt in deze bijdrage daarom eveneens aan de orde.

### 2. Terug naar Lindorff/Statia<sup>5</sup>

De kantonrechter te Delft stelde op 13 juni 2013 aan de Hoge Raad de prejudiciële vraag als bedoeld in artikel 392 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), luidende of het gratis ter beschikking stellen van een mobiele telefoon kwalificeert als consumentenkrediet in de zin van titel 7.2A van het Burgerlijk Wetboek (BW) (voorheen: de Wet consumentenkrediet), ofwel dat dergelijke overeenkomsten zijn te kwalificeren als koop op afbetaling in de zin van de artikelen 7A:1576 e.v. BW.<sup>6</sup>

De Hoge Raad beantwoordt de vraag of sprake is van koop op afbetaling positief. Hij overweegt daartoe in r.o. 3.4.1 en 3.4.2 dat voor het aanmerken van een telefoonabonnement inclusief toestel als koop op afbetaling ter zake van de mobiele telefoon nodig is dat sprake is van een koopprijs die in termijnen wordt betaald, waarvan twee of meer termijnen verschijnen nadat de mobiele telefoon aan de koper is afgeleverd. De Hoge Raad verwijst daarbij naar artikel 7A:1576 lid 1 BW. Daartoe is beslissend dat de overeengekomen maandelijkse betalingen van de consument mede aangemerkt kunnen worden als (deel)betalingen ter zake van een koopsom voor een mobiele telefoon. Het komt daarbij aan op de strekking van de overeenkomst, aldus ook artikel 7A:1576 lid 3 BW, waarbij door de door partijen gekozen constructie wordt ‘heen gekeken’.<sup>7</sup> De Hoge Raad neemt aan dat de consument bij het aangaan van een telefoonabonnement doorgaans mede wordt gedreven met het oog op het in eigendom verkrijgen van de mobiele telefoon, die in het algemeen een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt ten

\* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, JOR 2014/206, TvC 2014/5, m.nt. M.B.M. Loos en R.M.M. de Moor (Lindorff/Statia).  
2. In deze bijdrage hebben telefoon, mobiele telefoon, mobielte en toestel dezelfde betekenis.  
3. Rb. Den Haag 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875.  
4. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236.

5. Deze paragraaf is ontleend aan J.H.M. Spanjaard, Voor niets gaat de zon op!, *Contracteren* 2014/3, p. 82 e.v.

6. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, JOR 2014/206, r.o. 3.2 (Lindorff/Statia).

7. Vgl. HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8457, NJ 2014/22, m.nt. JH (Roozendaal/Levob).

opzichte van het abonnementsbedrag. Deze kosten dienen door de provider (de abonnementsverlener) te worden terugverdiend.<sup>8</sup>

Op dit arrest is de nodige kritiek gekomen in de literatuur. Van Boom vraagt zich af of niet de gehele overeenkomst vernietigd moet worden omdat het de consument in de regel (ook) om het mobieltje te doen is.<sup>9</sup> Ook Mout-Vos en Bruggeman pleiten voor volledige vernietiging van de overeenkomst.<sup>10</sup> In geval van partiële vernietiging blijft de consument immers met een onbruikbaar, althans te duur, abonnement zitten, zo stellen zij. In mijn *Actualia contractspraktijk in Contracteren 2014/3* meende ik stilzwijgend dat het uitgangspunt van de Hoge Raad lijkt te zijn dat uitsluitend het ‘koopgedeelte’ van de overeenkomst wordt vernietigd, maar dat het abonnement blijft staan, als ware het een sim-only-abonnement.<sup>11</sup> Dit lijkt mij – zeker indien de overeenkomst of de daarbij behorende algemene voorwaarden een *survival clause*<sup>12</sup> bevat – in lijn met de het arrest BP/Benschop.<sup>13</sup>

### 3. Nieuwe prejudiciële vragen

De kantonrechter van de Rechtbank Den Haag kreeg wederom een procedure op zijn bord waarin de provider met een consument een overeenkomst had gesloten waarin de kosten van de telefonie en die van de aanschaf van het mobieltje niet waren gescheiden. Er gold één all-inprijs. De consument betaalt niet en de provider cedeert zijn vordering op Lindorff, die de incasso ter hand neemt. Lindorff stelt zich primair op het standpunt dat de overeenkomst met de consument 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 de consument 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, de consument ongerechtvaardigd is verrijkt. De consument heeft immers het volle genot gehad van het door de consument uitgekozen toestel zonder dat de consument daarvoor een vergoeding verschuldigd is geworden.

8. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, r.o. 3.5.1, JOR 2014/206 (Lindorff/Statia).

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

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

11. Dit is de abonnementsvorm waarbij uitsluitend mobiele telefoniediensten worden geleverd door de provider, zonder dat een telefoon ter beschikking wordt gesteld. De klant wordt geacht zijn eigen mobiele telefoon aan te schaffen.

12. Inhoudende dat de vernietiging van een deel van de overeenkomst de rechtsgeldigheid van het restant van de overeenkomst niet aantast.

13. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347, m.nt. MRM en JH (BP/Benschop). Vgl. voorts: J.H.M. Spanjaard, Het glibberige pad van contracteren in de brandstoffenbranche, *Contracteren* 2014/1, p. 21-25.

Meer subsidiair stelt Lindorff zich op het standpunt dat de consument op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid conform artikel 6:2 lid 1 BW jo. artikel 6:248 BW een vergoeding verschuldigd is voor het gebruik en/of genot van het telefoontoestel. De consument laat verstek gaan.<sup>14</sup>

De kantonrechter overweegt dat de overeenkomst die KPN met de consument sloot voor het gedeelte van het ‘gratis mobieltje’, kwalificeert als koop op afbetaling. Het rapport *Ambtshalve toetsing II* bepaalt daarover:

‘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. 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 bezien als krediettransactie geldig is.’

Vervolgens stelt de kantonrechter aan de Hoge Raad de prejudiciële vragen, (1) of ambtshalve de nietigheid uit hoofde van artikel 7A:1576 lid 2 BW moet worden vastgesteld, (2) zo nee, of ambtshalve de vernietigbaarheid van de krediettransactie moet worden getoetst, (3) of met een all-inprijs kan worden volstaan dan wel dat de abonnementsprijs en de aanschafprijs van de mobiele telefoon apart moeten worden vermeld, (4) of toepassing van artikel 7A:1576 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is tegen de achtergrond dat de consument de beschikking heeft gehad over een mobiel toestel, (5) of de consument gehouden is de mobiele telefoon terug te geven aan de telecomaانبieder en of een gebruiksvergoeding verschuldigd is, en (6) of de all-in prijs als een kernbeding moet worden beschouwd.<sup>15</sup>

#### 3.1 Vragen 1 en 2

##### 3.1.1 Vragen 1 en 2: Waaraan moet de rechter ambtshalve toetsen?

De Hoge Raad beantwoordt de eerste vraag bevestigend: ook de koop op afbetaling moet ambtshalve worden beoordeeld en ambtshalve moet de nietigheid worden vastgesteld indien niet aan de vereisten van artikel 7A:1576 lid 2 BW is voldaan. A-G Wissink meent in zijn conclusie voor het arrest dat artikel 7A:1576 lid 2 BW niet ambtshalve hoeft te worden toegepast, omdat hij zich afvraagt of de bepaling wel van openbare orde is. Daarnaast vraagt A-G Wissink zich af of de verplichting tot ambtshalve toetsing nuttig en noodzakelijk is. Hij

14. Ktr. Den Haag 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875, r.o. 2.1-2.2.

15. Ktr. Den Haag 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875, r.o. 3.1.-3.10.

wijst erop dat koop op afbetaling door de strekkingsbepaling van artikel 7A:1576 lid 3 BW onbepaald (dus potentieel groot) bereik heeft en dat ook voor andersoortige transacties de verplichting tot ambtshalve toetsing grote gevolgen kan hebben.<sup>16</sup> De Hoge Raad oordeelt evenwel anders.

De Hoge Raad plaatst de ambtshalve toetsing nadrukkelijk in de sleutel van de ambtshalve toetsing die verplicht is bij het consumentenkrediet. In die gevallen is het staande jurisprudentie van het HvJ EU dat de Richtlijn consumentenkrediet een hoog beschermingsniveau aan de consument toekent en daarom ambtshalve moet worden getoetst. Zelfs indien de consument wordt bijgestaan door een advocaat, die het rechtens relevante verweer niet voert, aldus het HvJ EU in zijn arrest *Rampion*. Omdat volgens de Hoge Raad bij een telefoonabonnement inclusief toestel beide regelingen (van koop op afbetaling en van consumentenkrediet) in de praktijk vrijwel steeds naast elkaar van toepassing zullen zijn, kan eenzelfde benaderwijze worden toegepast, omdat dit de hanteerbaarheid van de onderhavige regels ten goede komt.

Naar mijn mening bedoelt de Hoge Raad dat ook los van het consumentenkrediet sprake kan zijn van ambtshalve toetsing van de koop op afbetaling. De Hoge Raad baseert zich hierbij op het consumentenbeschermende karakter van de regeling en de effectieve bescherming van het belang van de consument.

De Hoge Raad geeft een vingerwijzing aan de procespraktijk: indien de consument in de procedure verstek laat gaan, vergt het beginsel van hoor en wederhoor dat aan de verschenen partij(en) het voornemen van ambtshalve vernietiging wordt meegedeeld en dat haar/hun de gelegenheid wordt geboden zich over dat voornemen uit te laten en zo nodig haar/hun stellingen aan te passen. Dit volgt ook reeds uit het arrest *Heesakkers/Voets*.

Dat ook de regels uit koop op afbetaling ambtshalve worden getoetst, lijkt in lijn met de rechtspraak van het HvJ EU, die uitwijst dat ambtshalve toetsing ook plaatsvindt bij consumentenkrediet, colportage en garanties bij consumentenkoop.<sup>17</sup> Het rapport *Ambtshalve toetsing II* komt tot dezelfde conclusie, zoals uit het hiervoor genoemde citaat uit het vonnis van de kantonrechter blijkt.<sup>18</sup>

### 3.1.2 *Vragen 1 en 2: Hoe moet de rechter ambtshalve toetsen?*

De Hoge Raad heeft op 12 februari 2016 in het kader van abonnementen voor mobiele telefonie met een all-inprijs bevestigd dat zowel het element ‘koop op afbeta-

ling’ als het element ‘consumentenkrediet’ ambtshalve moet worden getoetst. Dit roept de vraag op, wanneer en onder welke omstandigheden de rechter gehouden is tot ambtshalve toetsing over te gaan.

In het algemeen moet de rechter ambtshalve toetsen indien het beding binnen de Richtlijn oneerlijke bedingen valt. Daarvan is sprake als aan de volgende eisen is voldaan: (1) het beding is opgenomen in een overeenkomst tussen een professional<sup>19</sup> en een consument, (2) over het beding is niet afzonderlijk onderhandeld, en (3) het beding is geen kernbeding. Deze voorvragen moet de rechter onderzoeken indien zij niet aanstonds uit het procesdossier duidelijk zijn.<sup>20</sup> Als de rechter vervolgens over voldoende feitelijke en juridische gegevens beschikt om tot ambtshalve toetsing van het beding over te gaan, is hij daartoe gehouden. Onduidelijk is of de Europese rechtspraak de rechter ertoe verplicht ambtshalve onderzoek te doen naar de feitelijke en juridische gegevens indien hij daarover niet beschikt. Meijer en Jongeneel menen dat een dergelijk onderzoek niet in de Europese rechtspraak kan worden gelezen.<sup>21</sup> In gelijke zin oordeelde het HvJ EU in zijn arrest van 4 juni 2015 in de procedure *Faber/Hazet*.<sup>22</sup> Het HvJ EU lijkt in dit laatste arrest te verduidelijken dat het ambtshalve onderzoek zich in dergelijke gevallen zou kunnen beperken tot een ‘eenvoudig verzoek om verduidelijkingen over de noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens’.

Bij de ambtshalve toetsing van bedingen vindt primair een vergelijking plaats met de regels die bij afwezigheid van het beding uit het nationale recht voortvloeien. Bij die toetsing is de indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen van belang, maar die indicatieve lijst is niet van dien aard dat zij automatisch en uit zichzelf het oneerlijke karakter van het beding kan vastleggen. Het betrokken beding wordt niet op zichzelf beoordeeld, maar in het licht van alle bedingen in de algemene voorwaarden van de consumentenovereenkomsten waarvan het betrokken beding onderdeel uitmaakt, alsmede in het licht van de betrokken nationale regeling, de reden van aanpassing van de prijs of de duidelijkheid van de wijze van aanpassing van de prijs, en de vraag of de consument het recht heeft de overeenkomst na prijswijziging te beëindigen. Dit heeft het HvJ EU met zoveel woorden overwogen in zijn *Invitel*-arrest.<sup>23</sup>

De laatste jaren schenkt het HvJ EU in verregaande mate aandacht aan de vraag of het beding duidelijk en

16. Conclusie A-G Wissink voor HR 12 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2015:2658, al. 5.20.6.

17. HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, NJ 2008/37, m.nt. MRM (*Rampion*); HvJ EG 17 december 2009, C-227/08 (*Martín Martín*); HvJ EG 17 april 2008, C-404/06 (*Quelle*); HvJ EU 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*).

18. Het rapport is overigens kritisch besproken door Pavillon: C.M.D.S. Pavillon, Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst, TvC 2015/3, p. 127-135.

19. Ook verhuurders vallen onder het begrip ‘professional’, aldus HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11 (*Garabito/Jahani*).

20. Tot dit onderzoek is de rechter verplicht op grond van HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, NJ 2011/41, m.nt. M.R. Mok (*Penzügyi Lízings/Schneider*). Vgl. nader over ambtshalve toetsing: C.M.D.S. Pavillon, Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg, TvC 2014/4.

21. R. Meijer, Banesto/Caldéron Camino – Unierechtelijke geboden en verboden bij toetsing aan Europees consumentenrecht, MvV 2012/10, p. 298; R.H.C. Jongeneel, Het *Penzügyi*-arrest: een beperkte onderzoeksplicht in het kader van de ambtshalve toetsing, NTER 2011/1, p. 36.

22. HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, r.o. 46, AA 2015, p. 816, m.nt. A.S. Hartkamp, AB 2015/252, m.nt. R. Ortlep, RCR 2015/68 (*Faber/Hazet Ochten*).

23. HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, NJ 2012/404, m.nt. MRM, TvC 2012/6, m.nt. J.H.M. Spanjaard (*Invitel*).

begrijpelijk is. Uitgangspunt daarbij is dat het beding niet uitsluitend in grammaticale en juridische zin duidelijk moet zijn, maar ook in economische zin. De consument moet kunnen begrijpen waaraan hij zich in financiële zin committeert.<sup>24</sup> Op de schending van deze (precontractuele) informatie- en transparantieplicht staat geen aparte sanctie. Pavillon merkt terecht op dat de informatie- en transparantieplicht onderdeel vormt van de toets of is voldaan aan de in artikelen 3 en 5 van Richtlijn 93/13 gestelde eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie. Ook in het arrest Kásler werd artikel 5 aan artikel 3 gekoppeld. Transparantie wordt dus niet apart gesanctioneerd, maar vormt een gezichtspunt in de oneerlijkheidstoets.<sup>25</sup> De ratio is dat de consument beschermd dient te worden omdat hij zich in een zwakke positie bevindt ten opzichte van de professional, die over meer informatie beschikt. Daarom moet het beginsel van transparantie ruim worden opgevat.<sup>26</sup> Het maakt daarbij niet uit of de consument juridische bijstand geniet of niet. Ook indien de consument wordt bijgestaan door een advocaat die het relevante verweer niet voert, moet ambtshalve worden getoetst, aldus het HvJ EU.<sup>27</sup> Als de consument aangeeft vernietiging niet te wensen, is de rechter gehouden dit standpunt te respecteren.<sup>28</sup>

### 3.1.3 Vragen 1 en 2: Ambtshalve toetsing in appèl

Op 26 februari 2016 heeft de Hoge Raad in een arrest tussen een huurder en Stichting Trudo een oordeel geveld hoe ambtshalve toetsing zich verhoudt ten opzichte van het grievensstelsel in hoger beroep.<sup>29</sup> In dat arrest speelde de volgende vraag: grief 4 in hoger beroep luidde: ‘Ten onrechte heeft de Kantonrechter de boetevordering van € 10.000,— toegewezen.’ In de toelichting op deze grief werd een beroep op matiging van de boete gedaan, maar niet vernietiging van de boete gevorderd in verband met het onredelijk bezwarende (volgens art. 6:233 onder a BW), althans oneerlijke (volgens de Richtlijn oneerlijke bedingen), karakter van de boete. Het hof overweegt dat expliciet geen beroep is gedaan op vernietiging en dat matiging niet zal plaatsvinden.

In cassatie verwijst de Hoge Raad naar het arrest Heesakkers/Voets en overweegt allereerst dat volgens het Nederlands appèlprocesrecht de rechter recht van openbare orde in beginsel ook behoort toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen

24. HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, NJ 2013/375, TvC 2014/1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (RWE); HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, NJ 2014/355, m.nt. MRM (Kásler). Vgl. naar Nederlands recht: Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848 (SDB & Euribar/ABN AMRO).

25. Pavillon 2014, p. 168-170.

26. HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, r.o. 40-41, n.n.g. (Van Hove/CNP). Vgl. voorts: HvJ EU 9 juli 2015, C-348/14, r.o. 51-60, n.n.g. (Bucura/Bancpost).

27. HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, NJ 2008/37, m.nt. MRM (Rampion); HvJ EU 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).

28. HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009/395, m.nt. MRM (Pannon).

29. HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (X/Trudo).

dient te respecteren. De rechter is niet tot dit onderzoek gehouden als tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen, omdat het grievensstelsel hem dan verbiedt daarover een oordeel te vellen.<sup>30</sup>

Echter, in het voorliggende geval was wel tegen het oordeel opgekomen, zij het met een onjuiste toelichting op de grief (matiging in plaats van vernietiging). De vraag of het desbetreffende beding als oneerlijk in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen is aan te merken, viel immers weliswaar buiten het door de grieven ontsloten gebied, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appèl. Het hof had dus in de gegeven omstandigheden ambtshalve, buiten de inhoud van de grieven om, moeten nagaan of het boetebeding oneerlijk was in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5 van het arrest van 26 februari 2016.

Dit arrest lijkt in lijn met het arrest Faber/Hazet van het HvJ EU.<sup>31</sup> In dat arrest oordeelde het HvJ EU:

‘46 Het effectiviteitsbeginsel vereist daarentegen dat de nationale rechter bij wie een geding aanhangig is over een overeenkomst die binnen de werkingssfeer van die richtlijn kan vallen, wanneer hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt of daarover op eenvoudig verzoek om verduidelijkingen kan beschikken, nagaat of de koper als consument kan worden aangemerkt, ook al heeft de koper zich niet uitdrukkelijk op die hoedanigheid beroepen.’

Procedureregels die daaraan afbreuk doen, moeten volgens het HvJ EU niet binden.

### 3.2 Vraag 3: All-inprijs niet toegestaan

De Hoge Raad oordeelt dat artikel 7A:1576 lid 2 BW (koop op afbetaling) en artikel 7:61 lid 2 BW (consumentenkrediet) vereisen dat in de overeenkomst de koopprijs voor de mobiele telefoon afzonderlijk van het abonnement wordt bepaald.<sup>32</sup> Een all-inprijs volstaat niet. De achtergrond is dat bij invoering van het artikel in 1992 het (toen) nieuwe artikel 7:4 BW – inhoudende dat de koper, wanneer geen koopprijs is bepaald, een redelijke prijs verschuldigd is – niet passend is geacht voor de koop op afbetaling.<sup>33</sup> Bij koop op afbetaling moet derhalve, ter bescherming van het belang van de koper, duidelijk zijn wat de koopprijs van de door hem gekochte zaak is, en daarmee wat de omvang is van de door hem verschuldigde termijnen voor zover die daarop betrekking hebben.<sup>34</sup>

Eenzelfde ratio geldt voor het consumentenkrediet: de consument moet weten waar hij aan toe is. Daarom moeten ingevolge artikel 7:61 BW in de kredietovereen-

30. Vgl. HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3242, NJ 2004/76 (Clickly.com).

31. HvJ EU 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).

32. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.6.

33. Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 385.

34. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.5.

komst onder meer worden vermeld: het goed ter financiering waarvan het krediet strekt en de contante prijs daarvan (lid 2 onder e), het totale kredietbedrag (lid 2 onder d), alsmede het jaarlijks kostenpercentage en het totale door de consument te betalen bedrag, berekend bij het sluiten van de kredietovereenkomst (lid 2 onder h). Deze gegevens behoren ook tot de aan de consument te verstrekken precontractuele informatie volgens artikel 7:60 lid 1 BW. Uit artikel 7:61 lid 2 BW volgt mede dat in de overeenkomst de koopprijs van de mobiele telefoon vermeld moet worden die in de door de consument te betalen maandtermijnen van het telefoonabonnement is verwerkt. Pas als de consument over deze informatie beschikt, tezamen met de overige te vermelden gegevens zoals rente en kosten, kan de consument de door het Europese consumentenrecht vereiste weloverwogen beslissing nemen.<sup>35</sup>

Kortom, een all-inprijs voldoet niet en verstrekking van een dienst in de categorie ‘abonnement + materiaal’ – in mijn artikel ‘Voor niets gaat de zon op!’ noemde ik de verstrekking van een tablet bij een krantenabonnement of bij een energieleveringsovereenkomst – volstaat niet indien feitelijk sprake is van koop op afbetaling via het abonnement. In dat geval dienen de kosten gesplitst op het abonnement te worden geplaatst. Echter, het splitsen van de kosten ontslaat de telecomprovider niet van zijn overige verplichtingen uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht, zoals de verplichting zijn klant te kennen en te waken voor overcreditering en het beschikken over een vergunning van de Autoriteit Financiële Markten (AFM).<sup>36</sup>

### 3.3 Vraag 4: Artikel 7A:1576 lid 2 BW en de redelijkheid en billijkheid

Lindorff voerde nog aan dat een beroep van de consument – of door de rechter ambtshalve – op artikel 7A:1576 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn, omdat de consument gedurende de periode dat de overeenkomst niet (partieel) is vernietigd, de beschikking over de mobiele telefoon heeft gehad. De Hoge Raad gaat hier niet in mee. De vernietiging is immers het gevolg van het feit dat de aanbieder (provider of belwinkel) niet heeft voldaan aan zijn wettelijke verplichting. Dan kan als regel niet gezegd worden dat die vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, aldus de Hoge Raad. Dat geldt ook voor de situatie dat de consument een zekere tijd al dan niet de beschikking over de mobiele telefoon heeft gehad.<sup>37</sup> A-G Wissink trekt dezelfde conclusie, maar laat de ruimte over in gevallen van rechtsverwerking.<sup>38</sup>

### 3.4 Vraag 5: Afwikkeling nietige of vernietigde overeenkomst

Vernietiging heeft terugwerkende kracht en verplicht tot teruggave van al hetgeen door de vernietiging van de overeenkomst alsdan onverschuldigd is ontvangen.<sup>39</sup> In beginsel is de consument gehouden het toestel terug te geven in de staat waarin het is verstrekt, zij het dat dat in de praktijk veelal niet mogelijk zal zijn. Voor de periode waarin de consument met teruggave geen rekening hoeft te houden, wordt de waardevermindering (bijvoorbeeld door veroudering) hem niet aangerekend, aldus artikel 6:204 lid 1 BW. Dit oordeel is in lijn met het Messner-arrest van het HvJ EU, met de kanttekening dat dit arrest handelde over de teruggave van het gekochte na een beroep op herroeping als bedoeld in de Richtlijn koop op afstand.<sup>40</sup>

Vanaf het moment dat de consument redelijkerwijze met de teruggave van de mobiele telefoon rekening moet houden, moet hij als een zorgvuldig schuldenaar voor het toestel zorgen.<sup>41</sup> Een eventuele waardevermindering die dan optreedt en het gevolg is van een gebrek aan zorg, leidt tot aansprakelijkheid van de consument. Daarvoor is vereist dat de aanbieder eerst aan de consument duidelijk maakt dat en waarom een verplichting tot teruggave van de mobiele telefoon bestaat.<sup>42</sup>

Indien de consument de mobiele telefoon niet teruggeeft, is de consument schadeplichtig als hij in verzuim verkeert.<sup>43</sup> Het komt er dan op aan of de consument nog in staat is het toestel terug te geven. Indien hij het toestel heeft doorverkocht of – zoals in Lindorff/Statia aan de orde was – heeft afgegeven aan derden, verkeert de consument in de onmogelijkheid het toestel terug te geven en verkeert hij automatisch in verzuim op de voet van artikel 6:74 lid 2 BW. Kan het toestel nog wel worden teruggegeven, dan moet de aanbieder de consument eerst in gebreke stellen en een termijn tot nakoming geven in de zin van artikel 6:74 BW in samenhang met artikel 6:82 BW, voordat van verzuim en schadeplichtigheid sprake kan zijn. De Hoge Raad gaat er namelijk voorshands niet van uit dat de consument te kwader trouw is in de zin van artikel 6:205 BW, zodat verzuim niet aanstonds intreedt.

Met name dit tweede geval zal zich naar mijn mening niet vaak voordoen. Zoals Van Boom al opmerkte, is het de consument in de regel om het toestel te doen. Het misnoegen van de consument over de overeenkomst zal zich doorgaans richten op de hoogte van het abonnement en niet op de prijs van het toestel. Met een vernietiging en bijgevolg de verplichting het toestel terug te geven, schiet hij dan ook vooral zichzelf in de voet. Zeker als de vernietiging partieel werkt, wat op grond

35. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.4.2.

36. Vgl. o.a. Spanjaard, Voor niets gaat de zon op!, 2014, p. 85.

37. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.13.

38. Conclusie A-G Wissink voor HR 12 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2015:2658, al. 6.3.

39. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.15.1.

40. HvJ EG 3 september 2009, C-489/07, NJ 2009/559 (Messner).

41. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.15.1

42. Vgl. voor bewaarneming, waar deze zorgplicht veel van wegheeft, art. 7:600 e.v. BW.

43. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.15.2.

van het arrest Lindorff/Statia voor de hand lijkt te liggen, en het abonnement van kracht blijft.<sup>44</sup>

Daarbij moet rekening worden gehouden met de bedragen die de consument al voor het toestel heeft betaald. Deze zullen in mindering moeten worden gebracht op een eventuele restantvordering van de aanbieder. Verder is de consument geen gebruiksvergoeding verschuldigd, omdat het koopgedeelte van de overeenkomst uitsluitend betrekking heeft op de verschaffing van eigendom van het toestel en niet op de verschaffing van genot.<sup>45</sup> Daarom kunnen de artikelen 6:203 en 6:210 BW geen toepassing vinden. De consumentenbescherming die van de artikelen 7A:1576 en 7:61 BW uitgaat, verzet zich volgens de Hoge Raad tegen toepassing van de ongerechtvaardigde verrijking en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

### 3.5 Vraag 6: De all-inprijs als kernbeding

Lindorff wierp nog op dat de all-inprijs een kernbeding is in de zin van artikel 6:231 onder a BW, onderscheidenlijk artikel 4 lid 2 van de Richtlijn oneerlijke bedingen. De Hoge Raad onderschrijft dit standpunt met de kanttekening dat het beding duidelijk en begrijpelijk moet zijn, ook in economische zin:

‘3.17. Het beding in de overeenkomst dat een door de consument gedurende de (minimum-) looptijd te betalen maandelijkse “all-in prijs bevat voor zowel de verkrijging van het toestel als voor de telecommunicatiediensten, zal in de regel kunnen worden aange-merkt als een beding dat betrekking heeft op “het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” als bedoeld in art. 4 lid 2 van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG), en als een kernbeding in de zin van art. 6:231, onder a, BW. Daartoe is wel vereist dat het beding voor de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, zodat hem duidelijk is wat de economische gevolgen zijn die eruit voortvloeien.

De rechter zal dat in het licht van alle omstandigheden van het geval moeten onderzoeken.

Indien aan deze voorwaarden is voldaan, wordt ingevolge art. 4 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen en art. 6:231, onder a, BW niet toegekomen aan de toets of het beding oneerlijk respectievelijk onredelijk bezwarend is.’

De norm duidelijk en begrijpelijk vloeit voort uit de Richtlijn oneerlijke bedingen. Het HvJ EU legt de norm zo uit dat het beding ook in economische zin duidelijk en begrijpelijk moet zijn. In het arrest RWE is overwogen dat voor de consument van belang is dat hij voor contractsluiting kennis kan nemen van alle contractsvoorwaarden en kan overzien wat de gevolgen van het sluiten van de overeenkomst zijn, zodat hij kan beslissen

44. Van Boom 2014, p. 829; vgl. ook Spanjaard, Het glibberige pad van contracteren in de brandstoffenbranche, 2014, p. 86.

45. Vgl. in dit kader ook HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, NJ 2010/579, m.nt. JH (Pollen/Linssen).

of hij gebonden wenst te zijn aan die contractsvoorwaarden.<sup>46</sup> Daarbij dienen de contractsvoorwaarden duidelijk en begrijpelijk te zijn geformuleerd. Het HvJ EU heeft in het arrest Kásler overwogen dat het niet alleen het oog heeft op taalkundige en grammaticale duidelijkheid en begrijpelijkheid, maar ook op economische duidelijkheid en begrijpelijkheid.<sup>47</sup> Kortom, de consument moet vooraf ook kunnen inschatten waar hij in geldelijke zin aan toe gaat zijn door het sluiten van de overeenkomst. Dit oordeel is herhaald in Van Hove/CNP<sup>48</sup>.

Zoals de Hoge Raad opmerkt, vallen kernbedingen die duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd buiten het toepassingsbereik van de algemenevoorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW. Zij kunnen dan ook niet worden vernietigd op grond van onredelijke bezwarendheid.<sup>49</sup> Kernbedingen die niet duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd, vallen daarentegen wel onder het toepassingsbereik van afdeling 6.5.3 BW. Uit artikel 4 lid 2 van de Richtlijn oneerlijke bedingen vloeit hetzelfde voort: indien een kernbeding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, is de Richtlijn oneerlijke bedingen niet van toepassing. Is het kernbeding niet duidelijk en begrijpelijk geformuleerd, dan vindt de richtlijn toepassing.<sup>50</sup> Tegen de achtergrond van het arrest Lindorff/Statia en artikel 7:61 BW kan worden betwijfeld of de all-inprijs voldoende duidelijk is in economische zin en of het kernbeding buiten de toepassing van de artikelen 6:231 e.v. BW blijft.

## 4. Afronding

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 12 februari 2016 een nieuw hoofdstuk toegevoegd aan de sage over de ‘gratis’ mobiele telefoon. Het arrest laat bovendien zien dat ambtshalve toetsing dichterbij is dan menigeen denkt. De ambtshalve toetsing gekoppeld aan de omstandigheid dat contracten duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd, betekent werk aan de winkel voor de contractmakers. In toenemende mate worden contracten met consumenten getoetst op duidelijkheid. In dat kader doet de professional er goed aan zijn contracten duidelijk en helder op te schrijven en zich rekenschap te geven van eventuele juridische gevolgen van een contract.

Dat voelt misschien als gedoe, maar het ongedaan maken van een overeenkomst voor mobiele telefonie omdat een all-inprijs werd genoemd in plaats van een

46. HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, r.o. 44, NJ 2013/375, TvC 2014/1, m.nt. J.H.M. Spanjaard (RWE).

47. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, r.o. 71-75, NJ 2014/355, m.nt. MRM (Kásler).

48. HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, n.n.g. (Van Hove/CNP). Vgl. voorts: HvJ EU 9 juli 2015, C-348/14, r.o. 51-60, n.n.g. (Bucura/Bancpost).

49. Dit laat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid onverlet.

50. In gelijke zin: C.M.D.S. Pavillon, De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse regeling van algemene voorwaarden (afdeling 6.5.3. BW), in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer: Kluwer 2014, p. 243.

uitgesplitste prijs, is ook vervelend. Ook een verstekzaak tegen een onwillige abonnee, waarin ambtshalve complicaties worden opgeworpen, is – op zijn zachtst gezegd – ongemakkelijk. En dan is de AFM nog niet op bezoek geweest omdat er onverhoeds sprake bleek van consumentenkrediet zonder dat een vergunning was verleend. Zoals ik de *Actualia contractspraktijk* vaker afsluit, is ook in dezen voorkomen beter dan genezen. Want, zoals in het *Advocatenblad* ooit stond te lezen: ‘Clients prefer a fence at the cliff over an ambulance at the bottom.’<sup>51</sup>

51. *Advocatenblad* 2014/3, p. 22.