

# Materieelrechtelijke beschouwingen naar aanleiding van de tweede gratis-mobieltjes-uitspraak van de Hoge Raad

HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236

Het tweede arrest inzake gratis mobieltjes heeft reeds veel stof doen opwaaien en er valt ook veel over op te merken,<sup>1</sup> zowel in procesrechtelijk als in materieelrechtelijk opzicht. Deze bijdrage is opgebouwd als een tweeluik. De Moor staat stil bij de procesrechtelijke betekenis van de uitspraak en in de bijdrage van Pavillon wordt de beantwoording van de overwegend materieelrechtelijke vragen d) t/m g) onder de loep genomen. In beide bijdragen wordt de nadruk gelegd op de (praktische) gevolgen van het arrest en rijst de vraag of het arrest niet meer vragen opwerpt dan het beantwoordt.

## 1. Inleiding

In deze bijdrage ga ik in op de materieelrechtelijke antwoorden van de Hoge Raad in de tweede prejudiciële uitspraak met betrekking tot de alternatieve route die is bewandeld door lagere rechters in zaken waarin consumenten, die een abonnement hadden afgesloten inclusief 'gratis' telefoon, in de nakoming van hun betalingsverplichtingen zijn tekortgeschoten en veelal door incassobureaus zijn gedagvaard. Ik sta in het bijzonder stil bij de vraag in hoeverre de consumentenbescherming wel is gebaat bij de door de Hoge Raad uitgestippelde geld-terug-regeling.<sup>2</sup>

## 2. All-inprijs

'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 telefonie-abonnement en eventueel bepaalde niet variabele belkosten tezamen?'

Kort samengevat luidt deze vraag: is een all-inprijs in strijd met de strenge bepaaldheidseis<sup>3</sup> van art. 7A:1576 lid 2 BW resp. art. 7:61 lid 2 BW? Volgens de Hoge Raad luidt het antwoord op deze vraag bevestigend. Dat een all-inprijs strijdig is met art. 7:61 lid 2 onderdeel e BW,

staat, gelet op de gedetailleerde informatieverplichtingen van de Richtlijn Consumentenkrediet, wel vast en ook art. 7A:1576 lid 2 BW vereist dat de prijs van het op afbetaling gekochte toestel afzonderlijk moet zijn bepaald.<sup>4</sup> Dit antwoord komt niet als een verrassing. De Hoge Raad lijkt in zijn eerste prejudiciële uitspraak deze vraag reeds (impliciet) te hebben beantwoord door te hinten op de partiële nietigheid van de overeenkomst indien sprake zou zijn van strijd met genoemde bepalingen (zie r.o. 3.6).<sup>5</sup> Ook de A-G leest in de desbetreffende overweging een verwerping van zijn in zijn conclusie voor de eerste prejudiciële uitspraak geuite zienswijze dat een overeenkomst met een maandelijkse all-inabonnementsprijs rechtsgeldig is.<sup>6</sup> Hij benadrukt in zijn conclusie voor onderhavig arrest dat hij eerder zijn twijfels had uitgesproken over de strijdigheid van een maandelijkse all-inabonnementsprijs met art. 7A:1576 lid 2 BW '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'.<sup>7</sup> De consument weet dus wat hij per maand voor het abonnement en de daarbij verstrekte telefoon moet betalen en partijen hebben tot uitdrukking gebracht dat zij een overeenkomst met een bepaalde minimumduur willen sluiten.

De Hoge Raad overwoog in het eerste arrest echter niet expliciet dat een inclusieve prijs niet voldoende bepaald zou zijn. Uit r.o. 3.5.1 van het arrest uit 2014 volgt immers dat de consument niet mag verwachten dat hij het

\* Universitair docent, verbonden aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift

1. Zie voor de tekst van deze uitspraak p. 245 van dit nummer van *TvC*. De uitspraak is ook o.m. besproken door N. de Boer, *JIN* 2016/85; J.M. van Poelgeest & J.W.A. Biemans, *JOR* 2016/127; W.H. van Boom, 'Afwikkeling van een ongeldig telefoonabonnement', *AA* 2016, afl. 5, p. 363-370; J.H.M. Spanjaard, *Contracteren* 2016, afl. 2, p. 57-63; T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek Vermogensrecht', *NJB* 2016, afl. 15, p. 683 en M.R. Hebly & I. Tillema, *MvV* 2016, afl. 9, p. 235-242.
2. Vgl. De Boer, *JIN* 2016/85, nr. 3.
3. Conclusie A-G M.H. Wissink voor HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *AA* 2014, afl. 11, m.nt. W.H. van Boom; *TvC* 2014, afl. 5, m.nt. R.R.M. de Moor en M.B.M. Loos, ECLI:NL:PHR:2014:76, punt 3.8.2 met verwijzing naar 'Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting, vierde gedeelte (Boek 7)', 1972, p. 863-864.
4. Art. 7:4 BW is in de parlementaire geschiedenis niet passend geacht bij koop op afbetaling wat erop duidt dat een approximatieve prijs niet voldoet (r.o. 3.5).
5. Conclusie A-G M.H. Wissink voor HR 12 februari 2016 ECLI:NL:HR:2016:236, ECLI:NL:PHR:2015:2658, punt 4.10.
6. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, r.o. 3.6, *AA* 2014, afl. 11, m.nt. W.H. van Boom; *TvC* 2014, afl. 5, m.nt. R.R.M. de Moor en M.B.M. Loos.
7. ECLI:NL:PHR:2015:2658, punt 4.10.

toestel daadwerkelijk geheel kosteloos verkrijgt, maar ermee rekening moet houden dat in de overeengekomen maandelijkse betalingen een vergoeding voor de mobiele telefoon is verwerkt. De verwijzende rechter in onderhavige zaak vraagt zich daarom af of in de overweging dat een all-inprijs ‘in overeenstemming is met de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid’ besloten ligt dat van de strijd met art. 7A:1576 lid 2 en art. 7:61 lid 2 BW geen sprake is.<sup>8</sup> Zoals de A-G in zijn conclusie opmerkt, is een dergelijke lezing van r.o. 3.5.1 van het arrest uit 2014 niet terecht. Die overweging wijst er weliswaar op dat de consument weet dat het toestel niet gratis is,<sup>9</sup> maar daarmee is niet gezegd dat hij weet welk prijskaartje er precies aan hangt. En dit wordt juist vereist door de op de wilsovereenstemming (r.o. 3.8.2) toegespitste art. 7A:1576 lid 2 en art. 7:61 lid 2 BW.

Ik kom hierop terug in par. 6.

### 3. Strijd met de redelijkheid en billijkheid

‘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 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?’

De korte beantwoording van vraag e) staat in r.o. 3.13. De Hoge Raad benadrukt dat de nietigheid of vernietigbaarheid de schending van consumentenbeschermende regels sanctioneert. Om die reden kan deze sanctie niet als onaanvaardbaar worden aangemerkt. De Hoge Raad verwijst bij de beantwoording van vraag e) naar zijn antwoord op vraag f) (die de gevolgen van de nietigheid/vernietigbaarheid of het ‘niet van kracht zijn’ betreft). Hij overweegt in dat opzicht dat de consument ‘niet steeds’ de beschikking over een gratis toestel zal hebben gekregen. Deze woordkeuze is naar mijn idee erg voorzichtig. De vernietigbaarheid of het ‘niet van kracht zijn’ van het toesteldeel van de overeenkomst heeft terugwerkende kracht en dus tot gevolg dat de wederzijdse prestaties ongedaan moeten worden gemaakt. Dit betekent dat consument in beginsel *nooit* eigenaar is geweest van de telefoon en deze dus moet teruggeven aan de provider. Dat overigens niet ondenkbaar is dat een beroep op vernietiging in strijd is met de redelijkheid en billijkheid (vgl. het arrest *Geurtzen/Kampstaal*<sup>10</sup>), geeft de A-G expliciet aan in punt 6.3. Dit hangt volgens hem af van omstandigheden die zich in de bedoelde situatie niet snel zullen

voordoen: er is ‘meer nodig dan de vraag veronderstelt’. De omstandigheid die incassobedrijf Lindorff stelt en die besloten ligt in de vraag – de consument heeft het toestel gekregen – is niet toereikend om een beroep op art. 6:2 lid 2 BW te honoreren.<sup>11</sup> Voor een geslaagd beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid moet bijvoorbeeld sprake zijn van rechtsverwerking of van misbruik van recht.

### 4. De afwikkeling van de vernietiging

‘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)?’

De in het arrest uiteengezette afwikkeling van de vernietiging (of het daarmee gelijkgestelde ‘niet van kracht zijn’) van de toestelcomponent vormt een interessante toepassing van het leerstuk van de onverschuldigde betaling. In grote lijnen ziet deze er als volgt uit.

(1) Indien de consument het toestel – een goed – nog in zijn bezit heeft, dan dient hij dit na de vernietiging terug te geven aan de provider (art. 6:203 lid 1 BW) die op zijn beurt het bedrag dat de consument voor het toestel (inclusief ‘kredietrente’ of kosten afbetaling) heeft betaald aan hem terug moet betalen<sup>12</sup> (art. 6:203 lid 2 BW). De teruggave van het toestel geschiedt in beginsel in de staat waarin het zich bevond ten tijde van *ontvangst* door de consument (r.o. 3.15.1). De Hoge Raad sluit hier aan bij de tekst van de wet (art. 6:210 lid 2 BW) maar wijkt af van eerdere jurisprudentie waarin het tijdstip van de waardebeoordeling van de restitutieplichting op het moment van de vernietiging werd gesteld.<sup>13</sup>

De teruggave in de staat waarin het zich bevond ten tijde van ontvangst door de consument zal doorgaans niet

8. Rb. Den Haag 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875, r.o. 3.6.

9. ECLI:NL:PHR:2015:2658, punt 4.13.

10. HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207 (*Geurtzen/Kampstaal*).

11. Dat hij het toestel ‘gratis’ heeft gekregen is als gezegd niet juist.

12. Over de hoogte van deze bedragen is weinig duidelijk. Zie Hebly & Tillema, *MvV* 2016, afl. 9, p. 237-238 voor de vergelijking met de sim-onlyprijs (vgl. Rb. Amsterdam 22 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:849. Ook denkbaar is om uit te gaan van de winkel- (lees: verkoop)waarde van het toestel (vgl. Rb. Den Haag (ktr.) 25 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8662), maar hoe hoog is dan de kredietrente? Over de periode waarin de provider in verzuim verkeerde van de verbintenis tot terugbetaling is hij ook nog de wettelijke rente verschuldigd. Van Boom, ‘Afwikkeling van een ongeldig telefoonabonnement’, *AA* 2016, afl. 5, p. 368.

13. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8732; F. Damsteegt-Molier, ‘Van realiteit naar reconstructie: een verkenning van de gevolgen van vernietiging van een rechtshandeling aan de hand van HR 12 april 2013, RvdW 2013, 561’, *MvV* 2013, afl. 9.

mogelijk zijn (omdat het toestel is gebruikt<sup>14</sup>) en de consument schiet hiermee tekort in de nakoming van zijn restitutieplichting. Indien hij geen rekening hoefde te houden met de vernietiging en dus met de verplichting tot teruggave, wordt deze tekortkoming hem niet toegerekend (art. 6:204 lid 1 BW).<sup>15</sup> De waardevermindering van het toestel door gebruik<sup>16</sup> hoeft hij in beginsel niet te vergoeden.<sup>17</sup> Vanaf het moment dat hij redelijkerwijs met de verplichting tot teruggave rekening moest houden, dient de consument als een zorgvuldig schuldenaar voor het toestel te zorgen. Doet hij dat niet, dan is hij wél aansprakelijk voor de waardevermindering.

De vraag is dus vanaf welk moment genoemde zorgplicht op de consument rust. Doorslaggevend is wanneer de consument geacht kon zijn te weten dat bij het sluiten van de overeenkomst niet aan de uit art. 7:61 lid 2 BW of art. 7A:1576 lid 2 BW voortvloeiende eisen is voldaan. Aannemelijk is dat de zorgplicht reeds inging op het moment dat het eerste arrest inzake de mobiele telefoons werd gewezen, in juni 2014 dus. Een consument had op dat moment kunnen nagaan of aan de vereisten uit de wet werd voldaan en rekening moeten houden met de mogelijke vernietiging van de overeenkomst.<sup>18</sup>

In r.o. 3.15.1 legt de Hoge Raad de lat echter veel lager door te bepalen dat de zorgplicht aan de consument moet zijn medegedeeld (en dan pas ingaat): ‘In de regel zal (...) eerst aan de consument duidelijk gemaakt moeten worden dat en waarom voor hem een verplichting tot teruggave van het toestel is of zal ontstaan.’<sup>19</sup> Dit gaat redelijk ver maar ligt in lijn met het beeld van de van zijn rechten onwetende consument uit de Europese rechtspraak inzake het ambtshalve optreden van de rechter.<sup>20</sup>

Wat betreft de wanbetalende consument (om wie het in deze zaak eigenlijk draait), geldt in beginsel dat hij vanaf het moment dat hij in verzuim is met de betaling van de abonnementstermijnen, rekening moet houden met de ontbinding van de overeenkomst.<sup>21</sup> Op hem rust derhalve naar ik meen dan al de zorgplicht ex art. 6:273 BW. Zou de onwetendheid van de consument ook het nationale gemene recht betreffen, dan heeft dit vergaande gevolgen voor leerstukken als de rechtsdwaling of de verjaring.

(2) De tweede in het arrest onderscheiden (r.o. 3.15.2) en kennelijk vaker voorkomende situatie (punt 7.10, conclusie A-G) is die waarin het toestel is kwijtgeraakt, tenietgegaan of doorverkocht en dus niet *kan* worden terugge-

ven (dit zal de consument moeten stellen en zo nodig bewijzen). De consument schiet dan tekort in zijn nakomingsverbintenis en is een vergoeding aan de provider verschuldigd (die de provider met zijn terugbetalingsplichting kan verrekenen). Voor het vorderen van vervangende schadevergoeding is wel vereist dat de consument in verzuim verkeert of dat nakoming blijvend onmogelijk is (art. 6:74 BW). Omdat doorgaans geen sprake zal zijn van kwade trouw,<sup>22</sup> is voor het intreden van het verzuim in beginsel een ingebrekestelling nodig (art. 6:205 BW). Het bedrag aan vervangende schadevergoeding dat de consument moet betalen wordt vastgesteld tegen het tijdstip waarop het verzuim is ingetreden dan wel de nakoming van de restitutieplichting blijvend *onmogelijk* werd. Dit moment is gekozen omdat de consument bij ontvangst van het toestel nog geen rekening behoeft te houden met de vernietiging. In eerdergenoemd arrest van 2013<sup>23</sup> ging de Hoge Raad bij het vaststellen van de vervangende schadevergoeding uit van het moment van vernietiging. De A-G verwerpt in onderhavig geval dit moment van waardebepaling nadrukkelijk omdat de vernietiging (te zijner bescherming) veelal buiten de consument om gaat (punt 7.17).<sup>24</sup>

Opvallend is dat de Hoge Raad zich niet uitlaat over de *toerekening* van de niet-nakoming van de restitutieplichting. Gelet op art. 6:204 lid 1 BW en de lage eisen die aan de op de consument rustende zorgplicht worden gesteld zal van overmacht denkkelijk snel sprake zijn. De A-G zegt hierover slechts dat ‘aan het vereiste van toerekenbaarheid ter zake van het niet retourneren van het toestel in gebruikte staat zal in deze gevallen normaliter zijn voldaan’ (punt 7.10). Deze passage komt enigszins uit de lucht gevallen. Ik kan het verschil tussen het ‘normaliter’ niet toerekenen van de waardevermindering bij teruggave in gebruikte staat en het ‘normaliter’ wel toerekenen van het niet kunnen teruggeven van de (doorverkochte) telefoon niet goed plaatsen. In beide gevallen schiet de consument tekort in de nakoming van zijn teruggaveplichting, inhoudende dat het toestel moet worden gerestitueerd in de staat waarin het zich bevond ten tijde van ontvangst door de consument. In geval van overmacht geldt overigens art. 6:78 BW.

Ook opvallend is dat de Hoge Raad, anders dan de A-G (punt 7.29.2 en 7.29.3), geen expliciet onderscheid maakt tussen de vergoeding van de *waarde* van het (verdwenen) toestel tegen het tijdstip waarop het verzuim is ingetreden

14. Als het niet is gebruikt en gewoon in een doosje is bewaard, zal de consument niet tekortschieten in de nakoming van deze verbintenis tot ongedaanmaking.

15. Vgl. het rapport ‘Ambtshalve toetsing II’, 2014.

16. Waardevermindering treedt ook in zonder gebruik, namelijk door simpel tijdsverloop, maar dan is geen sprake van niet-nakoming.

17. Van Boom, AA 2016, afl. 5, p. 368-369 maakt onderscheid tussen waardevermindering door tijdsverloop en staatvermindering door gebruik. De eerste vermindering komt zonder meer voor risico van de provider.

18. Vgl. HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, r.o. 3.2.3 en art. 3:52 lid 1 onderdeel d BW. Vanaf het moment dat de bevoegdheid tot vernietiging de consument ‘ten dienste is komen te staan’ i.e. dat hij deze bevoegdheid ook daadwerkelijk moet kunnen uitoefenen dient hij naar mijn idee rekening te houden met de daarmee gepaard gaande zorgplicht.

19. Deze mededeling heeft overigens ook gevolgen voor het moment waarop de korte verjaringstermijn uit art. 3:309 BW gaat lopen.

20. ECLI:NL:PHR:2015:2658, punt 7.11.2. Dit beeld strookt evenwel niet met het beeld van de gemiddelde geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument die informatie tot zich neemt.

21. Opmerking verdient dat de afhandeling van telefoonzaken via het leerstuk van ontbinding niet tot teruggave van het toestel leidde maar tot een schadevergoeding op grond van art. 6:277 BW: rapport ‘Ambtshalve toetsing I’, 2010.

22. De consument heeft het toestel niet doorverkocht wetende dat op hem een teruggaveplicht rustte. Zou de consument toch te kwader trouw zijn geweest, dan is dat voor de provider overigens moeilijk te bewijzen.

23. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8732.

24. Vgl. echter ECLI:NL:PHR:2014:76, punt 4.55.

dan wel de nakoming van de restitutieplichting blijvend onmodelijk werd en de vergoeding van de waardevermindering van het (verdwenen) toestel vanaf het moment dat de consument redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het toestel rekening moest houden (een doorgaans veel hoger bedrag). Dat deze laatste component van de vervangende schadevergoeding niet aan de orde is (om dezelfde reden als bij het wel kunnen retourneren van het toestel), volgt slechts *a contrario* uit r.o. 3.15.2 waarin de consument enkel wordt verplicht de waarde van het toestel op het moment van het verzuim of de onmogelijkheid te vergoeden. Het vaststellen van dit moment (en van de bijbehorende dagwaarde) heeft bewijsrechtelijk, zo lijkt mij, nogal wat voeten in de aarde. In een door de NOS verspreid nieuwsbericht wordt gesteld dat de *huidige* dagwaarde van het toestel moet worden vergoed, waarmee denk ik wordt bedoeld de dagwaarde op het moment van het instellen van de claim, i.e. de vernietiging.<sup>25</sup> Dit is niet juist maar heeft bewijsrechtelijke voordelen.

(3) De vraag naar de gebruiksvergoeding heeft in de Europese rechtspraak met betrekking tot de Richtlijnen consumentenkoop en koop op afstand al eerder aandacht gekregen.<sup>26</sup> In r.o. 3.16 benadrukt de Hoge Raad dat een vergoeding voor het door de zaak verschaft genot niet voortvloeit uit art. 6:203 lid 3 en art. 6:210 BW en evenmin uit art. 6:278 BW: in deze bepalingen gaat het om de waarde van de *prestatie*, i.e. de eigendom verschaffen van het toestel, en niet om het eventueel *genot* van die prestatie. Art. 6:212 BW en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid vormen volgens de Hoge Raad ook geen grondslag voor een gebruiksvergoeding omdat hiermee afbreuk zou worden gedaan aan de effectieve bescherming van de consument op grond van art. 7:61 en 7A:1576 BW. Gewezen wordt ook op de noodzaak om aan de overtreding van de regels van de Richtlijn consumentenkrediet doeltreffende en afschrikwekkende sancties te verbinden.<sup>27</sup>

Met het oog op het *Messner*-arrest laat dit alles volgens mij onverlet dat er net als bij vraag e) altijd een uitzondering op deze regel denkbaar zou moeten zijn. De uitsluiting van de gebruiksvergoeding in het *Quelle*-arrest is te verklaren doordat de gerechtvaardigde belangen van de verkoper voldoende in acht worden genomen in de Richtlijn consumentenkoop.<sup>28</sup> In *Messner* behoort een dergelijke vergoeding wel tot de mogelijkheden indien de consument een op afstand gekochte zaak heeft gebruikt 'op een wijze die onverenigbaar is met de beginselen van burgerlijk recht, zoals die van de goede trouw of van de ongerechtvaardigde verrijking' (r.o. 25 en 26). Het verschil kan ook worden verklaard door de verwijtbaarheid

van het gedrag van de verkoper: in *Messner* was geen sprake van non-conformiteit maar 'slechts' van een schending van een informatieverplichting ten aanzien van de bedenktijd. Ook in onderhavige zaak is in feite sprake van een geschonden informatieplicht ten aanzien van de prijs van het toestel.

Ik acht een gebruiksvergoeding niet onredelijk voor zover de consument het toestel 'gewoon' heeft kunnen gebruiken (terwijl hij de maandelijkse all-inabonnementstermijnen niet betaalde). Dit zal niet altijd het geval zijn daar toestellen veelal van simlocks zijn voorzien en de providers bij wanbetaling de dienstverlening doorgaans opschorten. Een dergelijke constructie zou het stellen van lage eisen aan de zorgplicht en toerekenbaarheid van de niet-nakoming van de restitutieplichting ex art. 6:204 BW (geen vergoeding van de waardevermindering, punt 7.11.2) echter enigszins kunnen compenseren (al acht de A-G dit 'inconsistent', punt 7.23). De consument krijgt immers de volledige koopprijs terug. Er wordt in de conclusie (en in de uitspraak) vooral de nadruk gelegd op de schending van de Europeesrechtelijke en nationale consumentenbeschermingsregels en weinig op de wanprestatie van de consument die aanleiding vormt voor deze zaak.

## 5. Een oneerlijk beding?

'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?'

De summiere beantwoording van deze laatste vraag is enigszins teleurstellend. Het oordeel dat de all-inprijs 'in de regel' als kernbeding moet worden aangemerkt is weinig verrassend. De strikte uitleg die aan de definitie van een kernbeding in art. 4 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen en in art. 6:231 onderdeel a BW is gegeven staat een dergelijke kwalificatie niet in de weg.<sup>29</sup> De bepaaldheidseis van art. 7A:1576 lid 2 resp. art. 7:61 lid 2 BW sluit ook aan bij de bepaaldheidseis bij de vaststelling van de essentialia van de overeenkomst. Kernbedingen zijn immers bepalingen zonder welke de overeenkomst bij gebreke van voldoende *bepaaldheid* nietig zou zijn

25. nos.nl/artikel/2119123-hoe-krijg-ik-geld-terug-voor-gratis-toestel.html.

26. Uit het *Quelle*-arrest volgt dat bij de vervanging van de non-conforme zaak geen gebruiksvergoeding mag worden gevraagd: HvJ EG 17 april 2008, C-404/06, NJ 2008/382. Uit het *Messner*-arrest volgt dat in het kader van de ontbinding van een op afstand gesloten koopovereenkomst in beginsel geen gebruiksvergoeding verschuldigd is maar dat er uitzonderingen mogelijk zijn: HvJ EG 3 september 2009, C-489/07.

27. Vgl. HvJ EU 14 juni 2012, C-618-10, T v C 2012, afl. 6, m.nt. M.B.M. Loos (*Banesto*) met de Richtlijn oneerlijke bedingen.

28. M.B.M. Loos, 'De gebruiksvergoeding bij de ontbonden koop op afstand: het onderscheid tussen "gebruiken" en "uitproberen"', *NtER* 2010, afl. 1.

29. De conclusie van de A-G, punt 8.3.1 verwijst naar de arresten HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 42, *RCR* 2014/57, NJ 2014/355 (*Kásler/Jelzalogbank*); HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, r.o. 49, *RCR* 2015/37 (*Matei*) en HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262, r.o. 31, *RCR* 2015/52 (*Van Hove*).

(art. 6:227 BW).<sup>30</sup> Art. 7A:1576 lid 2 resp. art. 7:61 lid 2 BW leiden tot de ‘krachteloosheid’ resp. vernietigbaarheid van het toesteldeel van de overeenkomst vanwege een bepaaldheidsgebrek. Helaas wordt bij de kwalificatie van de all-inprijs als kernbeding niet stilgestaan bij de verhouding tussen de bepaaldheids- en de bepaalbaarheidseis van art. 6:227 BW.<sup>31</sup> Bij de beantwoording van deze vraag is vooral jammer dat evenmin wordt ingegaan op de betekenis van het gebrek aan bepaaldheid van de all-inprijs voor de transparantie van het kernbeding (1) en op de relatie tussen intransparantie en onredelijk bezwarendheid (2).

Ad (1). Onduidelijke bedingen dienen immers aan de onredelijk-bezwarend-norm van art. 6:233 onderdeel a BW te worden onderworpen. In navolging van de A-G geeft de Hoge Raad aan dat de rechter moet beoordelen of de all-inprijs duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd zonder in te gaan op de vraag of een all-inprijsbeding dat in strijd is met genoemde artikelen ook als onduidelijk moet worden aangemerkt. De vraag naar de transparantie van het beding is weliswaar niet expliciet geformuleerd maar ligt mijns inziens duidelijk besloten in de eerste deelvraag naar de toepasselijkheid van de richtlijn.

Wel legt de Hoge Raad de in het *Kásler*-arrest aangereikte toets aan:<sup>32</sup> een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument moet de economische gevolgen die uit het beding voortvloeien, kunnen voorzien (zie ook conclusie A-G, punt 8.4.2, arrest, r.o. 3.17). Doordat in strijd met art. 7A:1576 lid 2 resp. art. 7:61 lid 2 BW de prijs van het toestel niet is gespecificeerd, is de consument hier kennelijk niet toe in staat. De ratio achter genoemde bepalingen is het verschaffen van duidelijkheid aan de consument over zijn aflossingsverplichting. Een all-inprijs is mogelijk niet duidelijk en begrijpelijk in de zin van art. 5 van de richtlijn.<sup>33</sup> Ik bespeur hier toch enige spanning tussen de antwoorden op de vragen d) en g). Uit het antwoord op vraag d) volgt dat aan het prijsbeding inherente informatieverplichtingen zijn geschonden. Daarmee staat de strijd met het transparantiebeginsel zoals uitgelegd door het HvJ mijns inziens ook vast.

Deze transparantietoets wordt evenwel niet toegepast of nader toegelicht terwijl hier in de lagere rechtspraak duidelijk behoefte aan is: de Hoge Raad heeft het HvJ hier mogelijk niet voor de voeten willen lopen (en geen prejudiciële vraag willen stellen). De A-G formuleert naast de *Kásler*-toets verschillende uit de Europese rechtspraak afgeleide, bruikbare gezichtspunten bij de toetsing aan het transparantievereiste (punt 8.5.1 e.v.) en

koppelt deze, zo lijkt het, aan de oneerlijkheidstoets. De transparantie- en oneerlijkheidstoets dienen mijns inziens bij de toepasselijkheidsvraag als hier bedoeld – de vraag of de richtlijn op een kernbeding van toepassing is – evenwel los van elkaar te worden beschouwd. De Hoge Raad maakt wel een scherp onderscheid tussen de twee toetsen.

Ad (2). Of de onduidelijkheid op zich tot oneerlijkheid leidt of kan leiden, zoals de rechter met het laatste deel van de prejudiciële vraag probeert te achterhalen, wordt echter niet uitdrukkelijk aangegeven in conclusie noch arrest. Reden hiervoor is dat de vraag of een all-inprijs een onduidelijk beding is, niet van een antwoord is voorzien. De A-G laat als gezegd de transparantie- en de oneerlijkheidstoets ‘samensmelten’. Hij merkt terecht op dat de onduidelijkheid op zich een omstandigheid is, die moet worden meegewogen bij die laatste toets. Ook het HvJ brengt art. 5 en 3 lid 1 richtlijn met elkaar in verband.<sup>34</sup> Het HvJ heeft de verhouding tussen beide bepalingen tot op heden echter niet verduidelijkt. Op de relatie tussen art. 6:238 lid 2 eerste zin BW (art. 5 richtlijn) en art. 6:233 onderdeel a BW (art. 3 lid 1 richtlijn) gaat de prejudiciële uitspraak niet in en het valt te verwachten dat op dit punt nadere prejudiciële sturing zal worden gevraagd in zaken waarin de Richtlijn oneerlijke bedingen een meer centrale rol speelt. Conclusie en arrest verschaffen helaas evenmin aanwijzingen ten aanzien van de vraag hoe een onduidelijk kernbeding op zijn inhoud moet worden getoetst. De eventuele rol van het *iustum pretium* vraagt bijvoorbeeld om een nadere toelichting, met name in financiële resp. verzekeringszaken waarin de problematiek van onduidelijke kernbedingen van groot belang is.

Ik kan mij de terughoudendheid van de Hoge Raad (en de A-G) niettemin goed voorstellen. De laatste vraag doet er in wezen niet echt toe. Bepalen dat een all-inprijs als een intransparant beding kan worden aangemerkt, heeft als gevolg dat het beding dat in strijd is met art. 7A:1576 lid 2 resp. art. 7:61 lid 2 BW zonder meer en ambtshalve aan de onredelijk-bezwarend-toets moet worden onderworpen.

Zou het prijsbeding worden vernietigd (het is immers in strijd met de wet<sup>35</sup>) dan geldt volgens mij het volgende. Aangenomen dat het toesteldeel reeds is vernietigd (dit ligt gelet op voorgaande vragen voor de hand), dan ziet het beding alleen nog op de belcomponent (indien die niet is ontbonden, wat bij wanbetalers doorgaans het geval zal zijn). Zonder het prijsbeding zal dit deel van de overeenkomst evenmin kunnen voortbestaan (art. 3:41 BW). Er dienen zich twee mogelijkheden aan. Indien de

30. HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1998:ZC2435, r.o. 3.4.2, NJ 1998/6 (*Assoud/De Nationale Sporttotalisator*). MvT II, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1521. Conclusie van de A-G, punt 8.3.4. Juist dat onderscheid luisterde heel nauw bij de toetsing aan art. 7A:1576 lid 2 resp. art. 7:61 lid 2 BW.

31. Beide worden overigens vaak als synoniem gehanteerd: *GS Verbintenissenrecht*, ‘12 Uitloving. Voldoende bepaaldheid (bepaalbaarheid)? bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 220 [Uitloving]’.

32. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 74, RCR 2014/57, NJ 2014/355 (*Kásler/Jelzálogbank*).

33. In gelijke zin J.H.M. Spanjaard, ‘All-inprijs ambtshalve getoetst’, *Contracteren* 2016, afl. 2, p. 62.

34. C.M.D.S. Pavillon, ‘Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg’, *TvC* 2014, afl. 4, nr. 14-15 en aldaar genoemde rechtspraak.

35. Verdedigbaar is dat all-inprijzen een voorbeeld vormen van een onduidelijk beding dat niet onredelijk bezwarend is omdat de balans van rechten en plichten van de overeenkomst door dit beding niet aanzienlijk in het nadeel van de consument wordt verstoord: hij weet immers hoe hoog zijn betalingsverplichting is.

belcomponent wordt vernietigd zullen beide partijen onverschuldigd aan elkaar hebben betaald. De consument zal gezien art. 6:203 lid 3 jo. art. 6:210 lid 2 BW de waarde van de telecommunicatiediensten moeten vergoeden op het moment waarop hij deze heeft ontvangen, wat denkbaar neerkomt op het abonnementsgeld.<sup>36</sup> Indien de overeenkomst wordt aangevuld (wat in een dergelijk geval volgens mij is toegestaan gelet op het *Kásler*-arrest<sup>37</sup>), dan zal een redelijke prijs voor de telecommunicatiediensten moeten worden betaald (naar analogie van art. 7:4 BW). Het abonnementsdeel dat ziet op de telecommunicatiediensten zal de aanvulling van de overeenkomst op grond van art. 6:248 lid 1 BW handen en voeten geven. Deze weg pakt in zoverre gunstig uit voor de consument dat hij de rente over de achterstallige termijnen in het geheel niet verschuldigd is.<sup>38</sup> Overigens geldt het voorgaande ook indien tussen toesteldeel en belcomponent een onverbreekbaar verband wordt aangenomen en de overeenkomst in haar geheel wordt vernietigd (op grond van de schending van art. 7A:1576 lid 2 resp. art. 7:61 lid 2 BW).

## 6. Tot slot: en nu?

Het gaat hier om een uitspraak die vele macro-effecten heeft.<sup>39</sup> Providers zitten mogelijk niet te wachten op honderdduizenden gebruikte telefoontoestellen. Het verwerken hiervan brengt ook kosten met zich mee (hiermee is in de uitspraak geen rekening gehouden). Deze uitspraak voedt voorts de claimcultuur. Alle consumenten die een abonnement tegen een all-inprijs hebben afgesloten (ook die consumenten die *niet* zijn gedagvaard vanwege het niet betalen van de termijnen) kunnen hun afgeschreven mobiel-tje teruggeven in ruil voor het aankoopbedrag of het aankoopbedrag minus de waarde op het moment van verzuim of onmogelijkheid vorderen. Providers hebben met all-inprijzen nu eenmaal de wet overtreden. Claimbedrijven (Contel, Consumentenclaim) hebben snel gereageerd op de uitspraak van de Hoge Raad en de gunstige afwikkeling van de vernietiging die hieruit voortvloeit.<sup>40</sup> Het eerste proefproces is al gaande. Het ontbreken van een causaal verband zoals bij wilsgebreken of oneerlijke handelspraktijken maakt een collectieve vernietigingsclaim ook tamelijk eenvoudig. Indien, zoals uit de conclusie ook blijkt (punt 3.5.2), de consument zich ervan bewust was dat hij op een of andere manier betaalde voor het toestel, acht ik de in het arrest bepaalde sanctie en bijbehorende ruimhartige afwikkeling evenwel onevenredig streng.

Een collectieve afwikkeling van de op papier uitgewerkte afwikkelingsroute is gunstig voor providers en consumenten. Met name in de vele gevallen waarin consumenten het toestel niet kunnen restitueren kan gesteggel ontstaan over de hoogte van de vervangende schadevergoeding. Het brede bereik van de uitspraak en de potentiële bewijsproblemen aan weerszijden zullen hopelijk leiden tot een effectieve, gestroomlijnde regeling<sup>41</sup> waarin duidelijkheid wordt geschapen over de wederzijdse betalingsverplichtingen, ook die van de provider (prijzen voor mobiel-tjes, waardebeoordelingen van gebruikte toestellen, waardebeoordelingen van verdwenen toestellen, (krediet)rentebedragen en andere kredietkosten). Voor een collectieve regeling lijken consumenten aangewezen op claimstichtingen waarvan de kwaliteit soms te wensen overlaat.<sup>42</sup> Een dergelijke regeling zal, als zij al tot stand komt, zeker nog even op zich laten wachten.

In de tussentijd is er werk aan de winkel voor de rechtspraak. Kantonrechters moeten zich nu een weg banen door de enorm bulk zaken die in afwachting van de uitspraak van de Hoge Raad is ontstaan.<sup>43</sup> Er zijn momenteel tienduizenden mensen die nu hun mobiele abonnement niet betalen zonder dat providers er op incassogebied iets aan doen. Overigens zal ook moeten worden bepaald wie de incassokosten betreffende het 'nietige' toesteldeel draagt: provider of incassobureau. De impact van de eerste prejudiciële uitspraak was fors: deurwaarders legden al een jaar lang geen beslag meer op bezittingen van consumenten die hun mobiele abonnement niet betaalden.<sup>44</sup> Naar verluidt wordt er, om de overbelasting van de rechtspraak bij het uitblijven van een collectieve regeling enigszins tegen te gaan, gewerkt aan een gestandaardiseerde aanpak zoals die in het rapport 'Ambtshalve toetsing'.

Een zonder meer wenselijk macro-effect ontbreekt tot slot echter volledig. De vraag is immers welk concreet resultaat er wordt bereikt met het vaststellen van de schending van art. 7A:1576 lid 2 en art. 7:61 lid 2 BW en met de koppeling hiervan aan de 'krachteloosheids'- resp. vernietigbaarheidssanctie<sup>45</sup> (zie het antwoord op vraag a) t/m c)). De toepassing van de Wet consumentenkrediet en van de regeling koop op afbetaling in deze zaak beschermt de consument door hem te helpen een beter geïnformeerd besluit te nemen over het sluiten van een abonnement. In lijn met kritische literatuur inzake de

36. Vgl. ECLI:NL:PHR:2015:2658, punt 7.2.3.

37. Dictum *Kásler*-arrest waarover C.M.D.S. Pavillon, 'Het Europees verbod op de herziening van oneerlijke bedingen: welke ruimte is er nog voor dwingend en aanvullend nationaal recht?', *TvPP* 2015, afl. 3, p. 70-76.

38. HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA3765, *NJ* 2013/492 (*Vano/Foreburghstaete*).

39. [blog.ucall.nl/index.php/2016/03/macro-effecten-van-civiele-aansprakelijkheidstelling](http://blog.ucall.nl/index.php/2016/03/macro-effecten-van-civiele-aansprakelijkheidstelling).

40. [fd.nl/ondernemen/1139576/consumentenclaim-bereidt-zaak-voor-tegen-telefoonproviders](http://fd.nl/ondernemen/1139576/consumentenclaim-bereidt-zaak-voor-tegen-telefoonproviders), [tweakers.net/nieuws/108251/hoge-raad-consumenten-die-toestel-all-in-abo-inleveren-krijgen-geld-terug.html](http://tweakers.net/nieuws/108251/hoge-raad-consumenten-die-toestel-all-in-abo-inleveren-krijgen-geld-terug.html).

41. Zie ook Van Boom, *AA* 2016, afl. 5, par. 2.2.

42. Eddy Bauw betreurde in een interview met de NOS de in vergelijking met Engelse toezichthouder te grote terughoudendheid van Nederlandse toezichthouders om een dergelijke collectieve regeling te helpen treffen: [nos.nl/artikel/2119123-hoe-krijg-ik-geld-terug-voor-gratis-toestel.html](http://nos.nl/artikel/2119123-hoe-krijg-ik-geld-terug-voor-gratis-toestel.html). Zie ook Hebly & Tillema, *MvV* 2016, afl. 9, p. 241.

43. Rb. Amsterdam 22 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:849.

44. [www.volkskrant.nl/tech/wanbetalers-mobiele-telefonie-vrijuit-na-uitspraak-hoge-raad-a4156518/](http://www.volkskrant.nl/tech/wanbetalers-mobiele-telefonie-vrijuit-na-uitspraak-hoge-raad-a4156518/).

45. Aan de schending van art. 7A:1576 lid 2 BW wordt geen duidelijke sanctie verbonden. In mijn noot bij ECLI:NL:RBGEL:2014:7699 in *TvC* 2015, afl. 3 achtte ik de koppeling aan art. 3:40 lid 2 BW voor de hand liggend. Vgl. Asser/Hijma *7-I\** 2013/124.

effectiviteit van informatieverplichtingen<sup>46</sup> betwijfel ik of kennis van de exacte prijs, de aflossingstermijnen en eventuele rente betreffende het toestel ertoe zou hebben geleid dat de consument i.c. tot een ander besluit over de overeenkomst zou zijn gekomen. Deze aanvullende informatie – de hoogte van de betalingsverplichting per maand is immers wel bekend – zal naar mijn idee geen enorme impact hebben op het gedrag van de consument.<sup>47</sup> Problematisch in mijn optiek is dat prijstransparantie niet zal voorkomen dat minder draagkrachtige consumenten abonnementen afsluiten waarvan zij de lasten niet kunnen dragen. Daarvoor is meer nodig en het arrest van 2014 opende deze weg door de toepasselijkheid van de Wet consumentenkrediet vast te stellen waarvan inmiddels vaststaat dat de politiek hier niet aan wil tornen.<sup>48</sup> Sindsdien zijn providers verplicht om de kredietwaardigheid van ‘kredietnemers’ te toetsen (art. 8 Richtlijn consumentenkrediet, omgezet in art. 4:34 lid 1 en 2 Wft). Bij mijn weten gebeurt dit echter (nog) niet en hierop zou ook in rechte kunnen worden ingespeeld. De door de lagere rechter gekozen route en de gestelde vragen zien daar echter niet op. Dit arrest biedt in wezen geen oplossing voor het probleem van wanbetaling dat hier (grotendeels) aan ten grondslag ligt.<sup>49</sup>

Sterker nog, de gekozen sanctie – ongeldigheid dan wel vernietigbaarheid – vereist geen causaliteit<sup>50</sup> en kan ‘opportunistisch’ gedrag aan de zijde van consumenten in de hand werken. Alle consumenten met een ‘gratis’ mobieltje kunnen gebruikmaken van de geboden ‘oplossing’, niet slechts de wanbetalers.<sup>51</sup> En de in de nakoming van zijn betalingsverplichtingen tekortschietende consument komt er zonder al te veel kleerscheuren van af (hij zal slechts de telecommunicatiediensten moeten vergoeden). Voor zover de schending van consumentenbeschermende regels verband houdt met de wanprestatie of de gevolgen hiervan (denk aan algemene voorwaarden) in de zin dat de regels deze hadden moeten (helpen) voorkomen, is het uitvallen van de balans in het voordeel van de consument te rechtvaardigen. In onderhavig geval plaats ik toch enige vraagtekens bij de wijze waarop het consumentenrecht de professionele partij ‘afstraft’.

Het valt mijns inziens te betreuren dat de uitspraak naar ik inschat geen verandering zal brengen in de situatie die de aanleiding vormde voor dit en het vorige arrest: het aangaan van abonnementen door consumenten die de kosten hiervan niet kunnen of willen dragen. Ik zou zelfs zeggen dat van het relatieve gemak waarmee de vernietiging kan worden ingeroepen en afgewikkeld vanuit het perspectief van de consument, allesbehalve een waarschuwingssignaal uitgaat. Ik onderschrijf het belang van de consumentenbescherming maar kan mij niet aan de indruk

onttrekken dat deze hier enigszins doorschiet. Er zou naar ik meen vooral aandacht moeten uitgaan naar de implicaties van de toepasselijkheid van de consumentenkredietregels en van de kredietwaardigheidstoets uit art. 4:34 lid 1 en 2 Wft. Ook al zullen de kosten hiervan aan hem worden doorberekend, de minder draagkrachtige consument is zonder meer gebaat bij de naleving van de strenge Wft-regels door mobiele telefonieproviders. De AFM houdt thans toezicht op de sector, en ik hoop van harte dat dit toezicht binnen afzienbare tijd tot een effectieve bestrijding van de aan mobiele telefonie gelieerde schuldenproblematiek zal leiden.<sup>52</sup>

46. Zie het in deze aflevering door Van Boom besproken boek: O. Ben-Shahar & C.E. Schneider, *More than you wanted to know – The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton: Princeton U.P. 2014.

47. Het is weliswaar niet onderzocht maar ik neem aan dat de meeste consumenten wel een redelijk idee hebben van de waarde van het door hen ontvangen toestel en, alvorens een abonnement af te sluiten, all-inabonnementsprijzen met elkaar vergelijken. De abonnementen waarbij de consument een ‘woekerrente’ verschuldigd zou zijn, werden nauwelijks verkocht: nos.nl/artikel/2117154-kpn-rekent-woekerrente-op-mobieltjes.html.

48. De Boer, *JIN* 2016/85, nr. 11. Overleg met de sector heeft niets opgeleverd: *Kamerstukken II* 2015/16, 34198, 17.

49. Wanbetaling kan ook zijn veroorzaakt door na de contractsluiting optredende omstandigheden, zoals een scheiding of baanverlies.

50. De consument hoeft niet aan te tonen dat hij het contract niet had afgesloten indien hij over alle informatie had beschikt.

51. In gelijke zin: Hebly & Tillema, *MvV* 2016, afl. 9, p. 240.

52. www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2016/apr/toezicht-telecomaanbieders.