



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotatie HR 12 februari 2016, NJ 2017/282
(Lindorff/Nazier) (Mobiele telefoons II)**

Hijma, J.

Citation

Hijma, J. (2017). Annotatie HR 12 februari 2016, NJ 2017/282 (Lindorff/Nazier) (Mobiele telefoons II). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2017(33/34), 4472-4477. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/59514>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/59514>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

de van het toestel moet naar dat tijdstip bepaald worden.

Behoudens bijzondere omstandigheden die op het tegendeel wijzen, kan niet worden aangenomen dat de consument het toestel te kwader trouw heeft aangenomen in de zin van art. 6:205 BW. Dat brengt mee dat het verzuim, indien vereist, in beginsel niet op grond van die bepaling intreedt. Daarom is voor het intreden van verzuim in de regel een ingebrekestelling van de zijde van de aanbieder vereist.

3.15.3 Opmerking verdient dat ook de aanbieder zal moeten teruggeven hetgeen hij op grond van de niet tot stand gekomen dan wel vernietigde overeenkomst (met betrekking tot het toestelgedeelte) heeft ontvangen. Daarom moet tevens bepaald worden welk gedeelte van de door de consument betaalde maandtermijnen geacht wordt te zijn bestemd voor de voldoening van de koopsom (art. 7A:1576 BW) onderscheidenlijk voor de aflossing van het krediet (Titel 7.2A BW), in beide gevallen inclusief de daarmee verband houdende kosten die de consument heeft betaald. Hetgeen de aanbieder op grond van het voorgaande verschuldigd is, zal hij in mindering moeten brengen op hetgeen hij van de consument vordert. Indien tegen de consument verstek is verleend, kan de rechter de gegrondheid van de vordering van de aanbieder ingevolge art. 139 Rv ook in dit opzicht toetsen.

3.16 De consument is niet gehouden om, naast de hiervoor in 3.15.1 (laatste alinea) en 3.15.2 bedoelde (schade)vergoedingen, ook een vergoeding te betalen voor het genot (daaronder begrepen de mogelijkheid tot gebruik) dat hij van het toestel heeft gehad.

De in vraag f onder II genoemde art. 6:203 lid 3 en 6:210 BW bieden voor een dergelijke vergoeding geen grondslag, nu de aanbieder op grond van de overeenkomst niet verplicht is om 'genot' te verschaffen doch slechts om (de eigendom van) het toestel te verschaffen. Na vernietiging van de overeenkomst ziet de onverschuldigde prestatie die moet worden teruggegeven dan ook slechts op het toestel, en niet op het met de eigendom gepaard gaande genot dat de consument eventueel van het toestel heeft gehad.

Om dezelfde reden kan ook art. 6:278 BW geen grondslag bieden voor de hier bedoelde vergoeding. Die bepaling geeft immers onder omstandigheden een aanspraak, indien "de verhouding in waarde tussen hetgeen wederzijds moet worden verricht" zich heeft gewijzigd (in dit geval: ten gunste van de consument). Ook hier gaat het derhalve om de waarde van de prestatie die teruggegeven moet worden (in dit geval: de waarde van het toestel), en niet om de waarde van het genot dat de ontvanger eventueel van de prestatie heeft gehad.

Tot slot biedt ook art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in een geval als het onderhavige geen grondslag voor de hier bedoelde vergoeding. Het zou in strijd zijn met de effectieve bescherming van de consument die door de art. 7:61

en 7A:1576 BW wordt geboden (zie hiervoor in 3.9 en 3.11), indien hij naast de teruggave van het toestel en het eventueel betalen van de hiervoor in 3.15.1 en 3.15.2 bedoelde (schade)vergoedingen, ook zou moeten betalen voor het genot dat hij van het toestel heeft gehad. Dat zou bovendien afbreuk doen aan het vereiste dat de sanctie op schending van art. 7:61 lid 2 BW doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn (zie hiervoor in 3.7.1). Om deze redenen is een vergoeding op grond van art. 6:212 BW in strijd met de strekking van deze bepalingen en derhalve onredelijk. Dit geldt ook voor een vergoeding met als grondslag de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid.

Beantwoording van vraag g: oneerlijk beding?

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 aangemerkt 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.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de wijze als hiervoor in 3.6 (vraag d), 3.9 en 3.11.1 (vragen a-c), 3.13 (vraag e), 3.15 (vraag f.I), 3.16 (vraag f.II) en 3.17 (vraag g) vermeld;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800 aan de zijde van Lindorff en op nihil aan de zijde van Nazier.

Noot

1. Medio 2014 gaat consument Nazier een telefoonabonnement aan bij KPN, waarbij hij twee toestellen ontvangt. Als Nazier facturen onbetaald laat, cedeert KPN haar vordering aan incassobureau Lindorff, dat betaling eist.

Dat sprake is van een koop op afbetaling (art. 7A:1576 BW) en van een kredietovereenkomst (art. 7:57 lid 1 sub c BW) is tussen partijen niet omstreven. Zie voor die kwalificaties HR 13 juni 2014, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/Statia*). Ditmaal

zijn vervolgvragen aan de orde: zijn de voor deze overeenkomststypen geschreven wetsbepalingen overtreden, en zo ja, wat zijn daarvan de consequenties?

De Haagse kantonrechter legt, op de voet van art. 392 Rv, een bundel prejudiciële vragen voor aan de Hoge Raad. De Raad geeft deze vragen weer in r.o. 2; zie voor de beantwoording door A-G Wissink diens conclusie, onder 9. De geannoteerde uitspraak levert, kort gezegd, een klinkende overwinning op voor de consument.

2. Deze prejudiciële beslissing – verder spreek ik, met de Hoge Raad (r.o. 3.3), van arrest – bouwt voort op die inzake *Lindorff/Statia* (par. 1). Zij heeft hetzelfde werktelein: overeenkomsten tussen telecomaانبieders en consumenten (B2C), waarbij de aanbieder de mobiele telefoon als gratis afficheert en de consument één prijs betaalt voor telecomdiensten, toestel en kosten gezamenlijk (all-in). De figuur wordt inmiddels, als gevolg van deze jurisprudentie, weinig meer aangetroffen.

3. In de loop van het arrest passeert een bonte stoet civielrechtelijke leerstukken de revue. De hoofdvragen kunnen als volgt worden geschetst: (I) zijn er wetsbepalingen overtreden? (par. 5-7); (II) zo ja, welke sanctie(s) is/zijn daaraan verbonden? (par. 8-14); (III) in hoeverre is de rechter in dezen tot ambtshalve toezicht gehouden? (par. 12); (IV) bij enigerlei ongedigheid: in hoeverre rusten op partijen verbintenissen tot ongedaanmaking, waardevergoeding en/of schadevergoeding? (par. 15-20).

4. Het mede onderzochte stelsel van de koop op afbetaling is inmiddels oud recht; titel 7A.5A BW verviel op 1 januari 2017. De koop op afbetaling wordt thans geregeld in het ruimere verband van titel 7.2B BW (Goederenkrediet) (*Stb.* 2016, 360 en 438); zie art. 7:84 lid 3 sub a BW. Het 'niet van kracht' van art. 7A:1576 lid 2 BW (par. 11) is verdwenen, maar de nieuwe wet eist wel dat de koop op afbetaling 'de gehele en door partijen afgesproken koopprijs' vermeldt (art. 7:86 lid 4 BW).

5. *Wetsovertreding; kredietovereenkomst.* De regeling van de consumentenkredietovereenkomsten verlangt in art. 7:61 lid 2 BW o.a. vermelding van de contante prijs van het goed (onder e). Het artikel lid heeft het karakter van een afvinklijst, waaraan bij een all-in prijs niet in ieder opzicht wordt voldaan. Men kan de Hoge Raad dan ook naschrijven dat de bepaling is overtreden (r.o. 3.4.2, 3.6). Materieel beschouwd past wel de kanttekening dat de wetgever bij art. 7:61 BW – evenals de richtlijngever bij het achterliggende art. 10 Richtlijn 2008/48/EG – vooral gewone, niet aldus met diensten versmolten, kredietovereenkomsten voor ogen zal hebben gehad. Uiteraard moet normaliter de omvang van het krediet voor de consument helder zijn. In casu is slechts duidelijk wat de totale maandprijs is. Het belang van de consument om de uitsplitsing in een toestelkredietdeel en een telecomdienstendeel te kennen is echter minimaal, aangezien het om communicerende vaten gaat: wanneer het krediet hoger is dan de consument inschatte (zo hij er al bij heeft stilgestaan), zijn de te-

lecomdiensten goedkoper, en omgekeerd. Het algemene argument van de Raad dat de gegadigde zonder specificatie geen weloverwogen beslissing kan nemen (r.o. 3.4.2, *informed consent*), lijkt in dit type gevallen sterk overtrokken (voor de verlengingssituatie zie par. 10).

De Hoge Raad past ervoor het eisenpakket van art. 7:61 lid 2 BW via een dergelijke redenering te relativiseren. Evenzo A-G Wissink, onder 4.9. Tegen de achtergrond van de veelal strikte wijze waarop het Europese Hof van Justitie het (Europese) consumentenrecht pleegt te interpreteren, is die opstelling denkkelijk verstandig.

6. *Vervolg; koop op afbetaling.* In het kader van de koop op afbetaling liggen de kaarten in diverse opzichten anders: 1. de wet leert hier, dat de overeenkomst 'niet van kracht [is] voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald' (art. 7A:1576 lid 2 BW *oud*); 2. dit stelsel is niet van Europese maar van nationale origine; 3. de bescherming is niet tot consumenten beperkt, maar omvat alle soorten kopers.

De Hoge Raad acht ook art. 7A:1576 lid 2 BW *oud* geschonden, nu uit een all-in prijs niet valt af te leiden wat de prijs van de mobiele telefoon is (r.o. 3.5, 3.6). Hij doet hiertoe een beroep op de parlementaire geschiedenis, waaruit blijkt dat de wetgever art. 7:4 BW (invulling met redelijke prijs) heeft willen ecarteren. Dit argument is mijns inziens niet sterk. Het onderstreept wel dat de koper de prijs moet kennen, maar zegt niets over de atypische figuur van de all-in prijs. Nu Europa ons hier niet tot strikte wetstoepassing noopt, zou ik menen dat – nu sprake is van communicerende vaten waarvan het gezamenlijk beloop helder is (par. 5) – het materiële belang van de koper bij een uitsplitsing te gering is om ook hier tot wetsovertreding te concluderen. Vgl. A-G Wissink, onder 4.10. Dat de Raad anders oordeelt, is vermoedelijk terug te voeren op een later in het arrest naar voren komend argument: in dit type zaken zijn de stelsels van de kredietovereenkomst en die van de koop op afbetaling vrijwel steeds naast elkaar van toepassing, en eenzelfde benaderingswijze komt de hanteerbaarheid van het recht ten goede (r.o. 3.11.2).

7. *Zacht krediet.* Zogeheten 'zacht krediet' (zonder rente en kosten) is aan het regime van de kredietovereenkomsten onttrokken (art. 7:58 lid 2 sub e BW). Wel blijft zo'n overeenkomst onder de regeling van de koop op afbetaling vallen (r.o. 3.10). Dit roept een vraag op. Doordat de Hoge Raad in het verlengde van art. 7:61 lid 2 BW bij een all-in prijs ook art. 7A:1576 lid 2 BW geschonden acht, ontsnapt het zachte krediet weliswaar aan het eerstgenoemde artikel, maar niet aan het tweede. Zullen dus alsnog de (hierna te bespreken) sancties intreden, terwijl daaraan in het kader van de kredietovereenkomst geen behoefte bestaat? De vraag verdient een ontkennend antwoord.

8. *Sanctionering; kredietovereenkomst.* Welke sanctie staat er op overtreding van de besproken wetsartikelen? Titel 7.2A BW (Consumentenkrediet-

tovereenkomsten) zwijgt op dit punt. De wetsgeschiedenis bevat wel informatie. De minister schrijft: “De consument kan in geval van niet-nakoming van een informatieverplichting dus kiezen tussen 1) vernietiging van de overeenkomst, 2) schadevergoeding – met instandhouding van de overeenkomst – wegens een tekortkoming in de zin van artikel 6:74 BW, of 3) gehele of gedeeltelijke ontbinding wegens een tekortkoming in de zin van artikel 6:265 BW, eventueel met schadevergoeding” (MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3, p. 20). De Hoge Raad neemt deze uiteenzetting zonder meer over en lijkt haar zodoende te accepteren als geldend recht (r.o. 3.7.2), niet alleen in algemene zin, maar ook op het atypische terrein van de all-in prijzen.

Met één breed gebaar spelen minister en Hoge Raad hier aan de consument een heel boeket remedies toe: vernietiging van de overeenkomst, schadevergoeding, ontbinding. Vanzelfsprekend is die rijkdom niet.

a. *Vernietiging.* Deze sanctie berust op art. 3:40 lid 2 BW (strijd met de wet). Nu het gaat om bescherming van één partij, resulteert die bepaling in vernietigbaarheid. Wat opvalt, is dat de sprong van wetsovertreding naar sanctie plaatsvindt als sprak zij vanzelf, zonder dat blijkt van materiële reflectie met betrekking tot de noodzaak en/of gerechtvaardigdheid ervan. In het algemeen kent het moderne recht het streven om nietigheden en de gevolgen daarvan terug te dringen; zie o.a. HR 28 november 2014, NJ 2016/90, m.nt. H.J. Snijders (*Snippers q.q./Rabobank*), r.o. 3.6.2. De snelheid waarmee ditmaal tot vernietigbaarheid wordt besloten, doet aan dat – belangrijke – streven tekort. Meer in het bijzonder dient art. 3:40 lid 3 BW zich aan, dat expliciteert dat niet iedere wetsbepaling de strekking heeft de geldigheid van ermee strijdige overeenkomsten aan te tasten.

b. *Schadevergoeding.* Deze remedie is gebaseerd op art. 6:74 BW: de aanbieder schoot toerekenbaar tekort in de nakoming van de in art. 7:61 lid 2 BW op hem gelegde verbintenis (verbintenis uit de wet). Verder kan, al dan niet via het tussenstation van de oneerlijke handelspraktijken (afd. 6.3.3A BW), sprake zijn van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Zie r.o. 3.7.2. In de praktijk is van de schadevergoedingsactie intussen niet veel te verwachten. Zij veronderstelt dat de misslag de klant schade heeft berokkend, wat bij all-in prijzen – gezien de communicerende vaten – normaliter niet zo zal zijn.

c. *Ontbinding.* Tot slot een ontbinding van de kredietovereenkomst ex art. 6:265 BW. Of deze optie inderdaad bestaat, betwijfel ik. Voor ontbinding is contractschending vereist: de telecomaanbieder moet een in de (wederkerige) overeenkomst opgenomen verbintenis hebben genegeerd. Maar gaat het hier niet veeleer om een – tot *informed consent* strekkende – wettelijke gehoudenheid in de precontractuele fase, die buiten de eigenlijke contractinhoud blijft en zodoende bezwaarlijk schending van het overeengekomene kan opleveren?

9. Met recht constateert de Hoge Raad, dat de sancties ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’ moeten zijn (r.o. 3.7.1; art. 23 Richtlijn 2008/48/EG). Ik kan mij echter niet aan de indruk onttrekken dat het aangegeven sanctietrio een overreactie oplevert, die verder gaat dan waartoe een lidstaat in redelijkheid is gehouden. De – systematisch dubieuze (par. 8 – ontbindingsoptie voegt praktisch gezien niets toe aan die van een vernietiging en kan dus uit afschrikkingsoogpunt worden gemist. Van vernietigbaarheid mag inderdaad afschrikking worden verwacht, maar ook daarbij mag de redelijkheid niet uit het oog worden verloren. Bij een all-in prijs, waarbij het besluitvormingsbelang van de klant niet noemenswaardig is geschaad (par. 5), komt vernietigbaarheid mij als een overtrokken sanctie voor. Bedacht zij dat de consument zonder dien niet met lege handen staat. Hij beschikt over een wettelijke bedenktijd (art. 7:66 BW) en heeft, als hij benadeeld mocht zijn, aanspraak op schadevergoeding (par. 8). Bovendien is de consumentenkredietrichtlijn vermeld in de bijlage (onderdeel b) van de Wet handhaving consumentenbescherming, zodat zij in zoverre wordt gehandhaafd door de AFM, die overtreders een last onder dwangsom of een boete kan opleggen. Al met al is het contractenrecht mijns inziens niet gedwongen alle denkbare registers open te trekken.

10. In het vorenstaande had ik het oog op de primaire contractperiode (veelal één of twee jaar). Als nadien een verlenging plaatsvindt, tegen dezelfde all-in prijs, is de situatie wezenlijk anders. De consument zou vanaf dat moment gaan doorbetalen voor een toestel dat door hem al volledig is afbetaald. Hij heeft er alle belang bij dat te beseffen; art. 7:61 lid 2 BW is nu niet alleen naar de letter, maar ook naar de geest overtreden. Bij zo’n verlenging is de sanctie van vernietigbaarheid mijns inziens dus wel gerechtvaardigd, naast die van schadevergoeding (de ontbindingssanctie lijkt mij ook hier niet op haar plaats).

11. *Vervolg; koop op afbetaling.* Bij de koop op afbetaling gaat de wet zelf op de sanctie in: de overeenkomst ‘is niet van kracht voordat [...]’ (art. 7A:1576 lid 2 BW *oud*). De tekst suggereert een ongeldigheid, niet zozeer in de zin van nietigheid, als wel in die van niet-totstandkoming. De Hoge Raad sluit zich daarbij aan (r.o. 3.11.1, ‘evenals [...]’). Het is mijns inziens goed verdedigbaar de bepaling op te vatten als een nietighedenregel, die dan, in het licht van het algemene art. 3:40 lid 2 BW, per saldo in vernietigbaarheid uitmondt. Aldus zou een (nog) sterkere aansluiting bij art. 7:61 BW worden verkregen.

12. *Ambtshalve toezicht.* In het verlengde van de sanctievraag (par. 8-11) ligt die naar een ambtshalve toezicht door de rechter. Op het terrein van de oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13/EEG) leert – in het spoor van het Europees Hof – de Hoge Raad dat de rechter die vaststelt dat een beding oneerlijk is, gehouden is dat beding zo nodig ambtshalve te vernietigen (HR 13 september 2013, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*)). Een actief consumentenbe-

schermende houding van de rechter acht de Raad ook bij Richtlijn 2008/48/EG geboden: bij een kredietovereenkomst in de zin van titel 7.2A BW. 1. dient de rechter ambtshalve te beoordelen of aan art. 7:61 lid 2 BW is voldaan, en 2. kan hij zo nodig ook ambtshalve de overeenkomst vernietigen (r.o. 3.9). Een en ander geldt ook in versterkzaken (r.o. 3.9, met enige bijzonderheden).

Wat het ambtshalve vernietigen betreft, valt op dat de Hoge Raad hier niet verder gaat dan een *mogelijkheid* ('kan'), terwijl het arrest *Heesakkers/Voets* bij oneerlijke bedingen een verplichting aan geeft ('gehouden'). Dat het ditmaal bij *kunnen* blijft, lijkt zijn verklaring te vinden in de voorafgaande — op de rechtspraak van het Europees Hof gestoelde — overweging, dat de consument een effectieve bescherming moet krijgen die is aangepast aan de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij 'een maatregel als het vernietigen van de overeenkomst passend [kan] zijn' (r.o. 3.8.2). In die zin ook de A-G, onder 5.8. Ik ervaar een spanning tussen enerzijds de algemene constatering dat de consument de overeenkomst kan vernietigen (par. 8), en anderzijds de gedachte dat als het op ambtshalve ingrijpen aankomt, de rechter nog moet bezien of die sanctie in concreto wel passend is. Per saldo lijkt de Raad minder overtuigd van (de wenselijkheid van) de vernietigingssanctie dan het eerdere gedeelte van zijn uitspraak doet vermoeden (r.o. 3.7.2).

Bij de *koop op afbetaling* bestaat, aldus de Hoge Raad, geen relevant verschil met de situatie bij de kredietovereenkomst (r.o. 3.11.2). Als men art. 7A:1576 lid 2 BW in de zin van niet-totstandkoming leest, is een rechterlijke sanctiekeuzevrijheid nog niet zo eenvoudig inpasbaar; deze hobbel verdwijnt bij interpretatie als een vernietigingsgrond (par. 11).

13. *Redelijkheid en billijkheid*. Lindorff betoogt dat indien de overeenkomst al vernietigbaar is, een beroep daarop door de consument strandt omdat dat onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). De Hoge Raad riposteert dat dat als regel niet zo is, aangezien de aanbieder niet heeft voldaan aan wettelijke verplichtingen tot bescherming van de consument (r.o. 3.13). De motivering is kort door de bocht, maar past in de teneur van het arrest. Als de Raad gevoelig was geweest voor het argument dat bij een all-in prijs het besluitvormingsbelang niet werkelijk is geschonden, had hij dat wel in een eerder — meer principieel — stadium doen blijken. Eenmaal bij de redelijkheid en billijkheid aangekomen, is er al zoveel gewikt en gewogen en beslist, dat het wonderlijk zou zijn als daar via de achterdeur nog van zou worden teruggekomen.

14. *Partiële nietigheid*. Een op de kredietkwestie gebaseerde vernietiging zal mijns inziens qua effect in de regel beperkt blijven tot de toestelcomponent, zodat de dienstencomponent onaangetast blijft (art. 3:41 BW). Het arrest *Lindorff/Statia* (r.o. 3.6) wijst in deze richting; nader mijn noot, *NJ 2015/477*, par. 13. *Lindorff/Nazier* gaat op dit onderwerp — dat in de prejudiciële vragen niet wordt

aangesneden — niet nader in, maar bevat wel enige passages die naadloos bij de idee van een partiële nietigheid aansluiten (r.o. 3.13, r.o. 3.14 ('met betrekking tot het toestelgedeelte [...] vernietigd is'), r.o. 3.15.1).

15. *Ongedaanmaking*. Wat de fase van de ongedaanmaking betreft, beperkt de Hoge Raad zich tot het neerschrijven van 'enkele hoofdlijnen' (r.o. 3.14 e.v.). In zijn overwegingen zijn vier stappen zichtbaar.

a. *Teruggaveverbintenis*. De vernietiging heeft terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 BW) en schept voor partijen dus verbintenissen tot ongedaanmaking op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW). De aanbieder moet de — nader te berekenen — bedragen die hij tegenover het toestel heeft ontvangen terugbetalen (art. 6:203 lid 2 BW) (r.o. 3.15.3, met enige bijzonderheden). De consument moet de telefoon teruggeven (art. 6:203 lid 1 BW), in beginsel in de staat waarin hij deze heeft ontvangen (r.o. 3.15.1). De keuze voor de oorspronkelijke staat (d.w.z. nieuwstaat) als toetssteen ligt mijns inziens voor de hand. Het gaat hier immers niet — zoals bij een revindicatie — om de zaak als object, maar om het ongedaan maken van de prestatie zoals die destijds is verricht. Zie ook de A-G, onder 7.9.

b. *Tekortkoming*. Als de consument het toestel niet (in nieuwstaat) teruggeeft, dan levert dat een tekortkoming op in de nakoming van zijn teruggaveverbintenis (r.o. 3.15.1). Of betrokkene voor dat tekortschieten aansprakelijk is (schadevergoeding), hangt af van het algemene regime van art. 6:74 e.v. BW (wanprestatie) (r.o. 3.15.1).

c. *Toerekenbaarheid*. Wat de toerekenbaarheid van de tekortkoming betreft (art. 6:75 BW), kent de onverschuldigde betaling een speciale regel: voor zover de waardevermindering heeft plaatsgevonden in een periode waarin de ontvanger redelijkerwijs geen rekening behoefde te houden met een teruggaveplicht, wordt de tekortkoming hem niet toegerekend (art. 6:204 lid 1 BW). De achterliggende gedachte is, dat een eigenaar vrij is met zijn zaken te doen en laten wat hij wil. De situatie verandert zodra de consument met de teruggaveplicht rekening moet houden; dán moet hij als een zorgvuldig schuldenaar voor het toestel zorgen (art. 6:27 BW) (r.o. 3.15.1 slot).

d. *Omslagpunt*. Resteert de vraag naar het omslagpunt: vanaf welk moment behoort de ontvanger er rekening mee te houden dat hij de telefoon moet teruggeven? De Raad kiest voor een generaliserende invulling: in de regel zal daartoe de consument eerst *duidelijk gemaakt* moeten worden dat en waarom voor hem een teruggaveverplichting is of zal ontstaan (r.o. 3.15.1 slot). Het zal op de weg van de aanbieder liggen om die duidelijkheid te verschaffen. Aldus kiest de Raad een relatief laat, en daarmee consumentvriendelijk, kantelpunt.

16. De consument is normaliter dus niet aansprakelijk voor schade die vóór het bedoelde omslagpunt is ontstaan. Dit geldt niet alleen voor waardevermindering van het toestel (gebruikssporen,

beschadiging), maar ook voor algeheel verlies (tenietgaan, kwijtraken). Wel geldt voor die 'overmachtperiode' dat de consument, op de voet van art. 6:78 BW (verrijking), een eventueel geïncasseerd voordeel aan de telecomaandbieder moet afdragen (bijv. verkoopprijs bij tussentijdse doorverkoop); vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-IV 2015/438.

De Hoge Raad vat het als volgt samen: "De consument mag daarom in beginsel volstaan met teruggave van het toestel in de staat waarin dit zich op het moment van de teruggave bevindt, zonder dat hij verplicht is tot vergoeding van de waardevermindering" (r.o. 3.15.1). Deze passage lijkt mede voor niet-juristen bedoeld. Juridisch is en blijft immers sprake van een tekortkoming, zodat niet kan worden gezegd dat de klant het toestel 'mag' teruggeven zoals het is.

17. Aan het begin van zijn ongedaanmakingsbetoog constateert de Hoge Raad, dat "zich in de praktijk velerlei feitelijke variaties kunnen voordoen die relevant zijn" (r.o. 3.14). De overwegingen bevatten dan ook — terecht — nogal wat veiligheidskleppen ('in beginsel', 'in de regel'). Het gewicht van de omstandigheden van het geval wordt nader bevestigd door A-G Wissink, m.n. onder 7.12-13 en 7.29.2.

18. *Vervolg; verzuim.* Mocht de consument toch aansprakelijk zijn voor waardevermindering of verlies, dan zal (correcte) nakoming in zoverre blijvend onmogelijk zijn, zodat de aanbieder schadevergoeding kan vorderen buiten verzuim en ingebrekestelling om (art. 6:74 BW).

Anders ligt het met een eventuele *vertragingschade*, die ontstaat zuiver doordat de consument het toestel niet teruggeeft (hoewel hij dat kan). Voor vergoeding van zulke vertragingsschade is wel verzuim nodig (art. 6:74 lid 2 BW), zodat de aanbieder de klant in principe in gebreke zal moeten stellen (art. 6:82 BW) (r.o. 3.15.2). Een ontvangst te kwader trouw, die de consument van meet af aan in verzuim zou brengen (art. 6:205 BW) en een verzuimd toerekeningsregime zou scheppen (art. 6:84 BW), kan — aldus terecht de Hoge Raad — niet worden aangenomen, behoudens bijzondere omstandigheden (r.o. 3.15.2).

19. *Gebruiksvergoeding.* Het vorenstaande ziet op de verbintenis tot teruggave en een mogelijke aansprakelijkheid voor waardevermindering of verlies. Bij afwezigheid van een schadevergoedingsplicht dringt de vraag zich op of de consument, die per saldo een tijdlang gratis een telefoon heeft kunnen gebruiken (prijs volledig terug, toestel terug zoals het is) een compensatie zal moeten betalen voor het *genot en gebruik* dat hij intussen van het toestel heeft gehad. Lindorff bepleit zo'n 'gebruiksvergoeding'. De Hoge Raad beziet vier potentiële grondslagen.

Art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) heeft de beste papieren. De consument is verrijkt door het per saldo gratis gebruik van de telefoon (bespaarde uitgaven), de aanbieder is door het te-

rugkrijgen van een gebruikt toestel verarmd, tussen verrijking en verarming bestaat verband, en voor de verrijking ontbreekt een goede grond. Daarmee lijkt aan de toegangseisen van art. 6:212 BW voldaan, zodat wij aankomen bij de slottoeets van het artikel: 'voor zover dit redelijk is'. Het is op dit punt, dat de Hoge Raad resoluut afhaakt. Een gebruiksvergoeding zou, aldus het college, *onredelijk* zijn, nu zij in strijd zou zijn met de effectieve bescherming van art. 7:61 en 7A:1576 BW en afbreuk zou doen aan de eis dat de sanctie op art. 7:61 lid 2 BW doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn (r.o. 3.16).

Ook drie andere grondslagen bieden geen soelaas. Art. 6:203 e.v. (onverschuldigde betaling) en art. 6:278 BW (bijbetaling bij wijziging waardeverhouding) zien op andersoortige situaties (zie r.o. 3.16). De laatste optie, de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), strandt op de onredelijkheidsklip (r.o. 3.16 slot).

20. Bij de afwijzing van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking plaats ik twee kanttekeningen. Ten eerste kan men zich afvragen of hier sprake is van een oordeel dat thuishoort *binnen* (de redelijkheidstoets van) het verrijkingsleerstuk. Het lijkt erop dat de Hoge Raad naast art. 7:61 en 7A:1576 BW principieel geen ruimte ziet voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, zodat men aan art. 6:212 BW eenvoudig niet toekomt. Op enige andere terreinen is die structurele ecartering beter zichtbaar; zie o.a. HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*) (art. 47 Fw).

Belangrijker is een inhoudelijke vraag: waarom is het moeten betalen van enigerlei gebruiksvergoeding nu eigenlijk zo onredelijk? Redelijkheid is een begrip dat er, onder meer, toe uitnodigt de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen af te wegen (vgl. art. 3:12 BW). Het belang van de consument bij uitsplitsing van de all-in prijs is minimaal (par. 5). Zijn belang om geruime tijd gratis over een telefoon te beschikken is aanzienlijk, maar van toevallige aard; zo'n meevaller is voor het recht op zichzelf niet nastrevenswaardig. Het belang van de aanbieder bij verzachting van (de consequenties van) de ongeldigheid mag fors heten, en dat, terwijl de door hem begane overtreding van een licht kaliber is (par. 5). Hoewel hiermee beslist niet alle wegingsfactoren zijn genoemd, komt het me voor dat een 'normale' beoordeling alras zou resulteren in het gevoelen dat een zekere gebruiksvergoeding redelijk mag heten.

Dat de Hoge Raad het anders ziet, lijkt terug te voeren op — wat ik maar even noem — een stoomwaseffect: het gegeven dat een Europese consumentenbeschermingsregel is overtreden, weegt dermate zwaar, dat het reguliere tegengewichten en relativeringen verpulvert en op een welhaast ongeremde sanctienering afkoerst (vgl. par. 8). Uiteraard mag de Europese consumentenbescherming niet worden ondergraven. Maar dat iedere gebruiksvergoeding aan die bescherming tekort zou doen, gaat mij te ver. Vgl. HvJ EG 3 september 2009, *NJ*

2009/559, m.nt. M.R. Mok (*Messner*), waarin het Europees Hof een plaats inruimt voor 'de beginselen van burgerlijk recht, zoals dat van de goede trouw of van ongerechtvaardigde verrijking'. *Lindorff/Nazier* werpt de consument een meevaller in de schoot, die hij eerder als verrassend — ja verbazend — dan als verdiend zal ervaren. Die uitkomst is mijns inziens rehtens weinig bevredigend. Vgl. N. de Boer, *JIN* 2016/85, punt 3; C.M.D.S. Pavillon, *TvC* 2016, p. 242. 21.

Kernbeding. Aan het slot van het arrest verschijnt nog een andersoortige vraag ter tafel: valt de all-in prijsafpraak onder het regime van afdeling 6.5.3 (Algemene voorwaarden)? Nu bedoelde afspraak het wezen van de contractuele prijs vastlegt, behoort zij in principe tot de in art. 6:231 sub a BW uitgezonderde kernbedingen (r.o. 3.17). Deze uitzondering echter geldt, aldus (de richtlijn en) de wet, uitsluitend voor bedingen die duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. In navolging van het Europees Hof werkt de Hoge Raad deze transparantietoets nader uit: 1. als maatstaf fungeert 'de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument'; 2. het gaat niet alleen om grammaticale helderheid, maar ook om duidelijkheid van de economische gevolgen (r.o. 3.17). Vgl. o.a. HvJ EU 30 april 2014, *NJ* 2014/355, m.nt. M.R. Mok (*Käsler*), punt 71-75; nader A-G Wissink, onder 8. Aan de reeds goed gevulde wapenkast van de consument (par. 8) voegt een eventuele toepasselijkheid van art. 6:233 e.v. BW intussen weinig meer toe.

22. Over deze prejudiciële beslissing ook J.W.A. Biemans & J.M. van Poelgeest, *JOR* 2016/127; N. de Boer, *JIN* 2016/85; W.H. van Boom, *AA* 2016, p. 363-370; M.R. Hebly & I. Tillema, *MvV* 2016, p. 235-242; R.M.M. de Moor, *TvC* 2016, p. 232-235; C.M.D.S. Pavillon, *TvC* 2016, p. 236-241; J.M. Spanjaard, *Contracten* 2016, p. 57-63.

Jac. Hijma

NJ 2017/283

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

9 juli 2017, nr. 17/02231

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp,

G. de Groot, T.H. Tanja-van den Broek;

A-G mr. J. Wuisman)

m.nt. A.I.M. van Mierlo

Art. 30a, 63, 112, 113, 115, 407, 418a Rv

ECLI:NL:PHR:2017:619

ECLI:NL:HR:2017:1278

Verstekverlening. Kantoorbetekening op voet art. 63 lid 1 Rv; Haags Betekeningsverdrag 1965; Betekeningsverordening II; HR 13 februari 2015, *NJ* 2015/411 behoudt belang onder KEL.

Ook onder het sinds 1 maart 2017 geldende recht kan een exploit op de voet van art. 63 lid 1

Rv worden uitgebracht door middel van een kantoorbetekening in gevallen waarin degene voor wie het stuk is bestemd, een bekende woonplaats of een bekend werkelijk verblijf heeft in een lidstaat waar de Betekeningsverordening II van toepassing is, dan wel in een (al dan niet in Europa gelegen) staat die partij is bij het Haags Betekeningsverdrag. Indien degene voor wie het exploit is bestemd, niet verschijnt binnen de termijn die volgt uit art. 30a lid 3 aanhef en onder c Rv dan wel uit art. 115 lid 1 Rv respectievelijk art. 115 lid 2 Rv, en er aanleiding bestaat eraan te twifelen of het stuk de buitenlandse geadresseerde heeft bereikt, dient de rechter het verstek niet terstond te verlenen. De rechter kan zo nodig inlichtingen hieromtrent (doen) inwinnen bij de advocaat aan wiens kantoor het exploit is gedaan. Indien de advocaat eigener beweging of desgevraagd meedeelt dat hij (nog) niet erin is geslaagd zijn (voormalige) cliënt op de hoogte te stellen van de inhoud van het stuk, dient de rechter dit in zijn oordeelsvorming te betrekken. Omdat het nog niet mogelijk is een origineel (digitaal) exploit in het webportaal van de Hoge Raad in te dienen, dient de eiser tot cassatie na ontvangst van het betekende exploit onverwijld een afschrift van dat exploit in het webportaal in te dienen en het origineel ter griffie van de Hoge Raad te bezorgen.

HRC, eiseres tot cassatie, heeft in deze zaak het oproepingsexploot, samen met de procesinleiding waarmee cassatieberoep is ingesteld, doen betekenen aan het kantoor van de advocaat waar verweerster in cassatie in de vorige instantie laatstelijk woonplaats heeft gekozen. Verweerster in cassatie is niet verschenen en HRC heeft om verstekverlening verzocht. In cassatie gaat het om de vraag of de rechtspraak van de Hoge Raad over de verhouding tussen enerzijds de Betekeningsverordening II en het Haags Betekeningsverdrag en anderzijds art. 63 lid 1 Rv en 115 (oud) Rv bij de invoering van het digitaal procederen zijn werking heeft behouden.

Het antwoord op de hiervoor vermelde vraag luidt dat ook onder het sinds 1 maart 2017 geldende recht een exploit op de voet van art. 63 lid 1 Rv kan worden uitgebracht door middel van een kantoorbetekening in gevallen waarin degene voor wie het stuk is bestemd, een bekende woonplaats of een bekend werkelijk verblijf heeft in een lidstaat waar de Betekeningsverordening II van toepassing is, dan wel in een (al dan niet in Europa gelegen) staat die partij is bij het Haags Betekeningsverdrag. Daarbij verdienen met het oog op de beslissing op het gevraagde verstek de volgende punten aandacht. Indien degene voor wie het exploit is bestemd, niet verschijnt binnen de termijn die volgt uit art. 30a lid 3 aanhef en onder c Rv dan wel uit art. 115 lid 1 Rv respectievelijk art. 115 lid 2 Rv, en er aanleiding bestaat eraan te twifelen of het stuk de buitenlandse geadresseerde heeft bereikt, dient de rechter het verstek niet terstond te verlenen. De rechter kan zo nodig inlichtingen hieromtrent (doen) inwin-