

Afwikkeling van een ongeldig telefoonabonnement

Prof.mr. W.H. van Boom*

HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *RvdW* 2016/279 (*Lindorff BV/Nazier*)

Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

In het recente verleden was het gebruikelijk dat telefonieaanbieders hun diensten aanboden in de vorm van een overeenkomst voor bepaalde duur, waarbij de consument maandelijks abonnementskosten betaalde in ruil voor een ('gratis') toestel en een tegoed voor telefoondiensten. Over dergelijke overeenkomsten van 'telefoonabonnement inclusief toestel' oordeelde de Hoge Raad in 2014 dat deze onder de kwalificatie van koop op afbetaling (art. 7A:1576 BW) kunnen vallen indien na aflevering van het toestel ten minste twee termijnen betaald moeten worden die mede strekken tot afbetaling van het toestel.¹ Die strekking van de overeenkomst zal er in veel gevallen zijn, nu de telefonieaanbieder de kostprijs van het toestel zal willen terugverdienen via de abonnementskosten. Die strekking is belangrijker dan de gebruikte reclame en de bewoordingen van het contract; ook als het toestel 'gratis' is, kan sprake zijn van koop op afbetaling.

Ook voor de toepasselijkheid van de regels inzake overeenkomsten van consumentenkrediet (voor overeenkomsten gesloten na 24 mei 2011: art. 7:57 e.v. BW) is de strekking belangrijker dan de bewoordingen. Een 'gratis' toestel bij een abonnement valt in voorkomende gevallen dus zowel onder de regels van koop op afbetaling als onder

die van consumentenkrediet. Dit alles is alleen anders als de aanbieder aannemelijk weet te maken dat de door de consument verschuldigde abonnementskosten niet (mede) strekken tot afbetaling van het telefoontoestel.²

In zijn uitspraak uit 2014 hoefde de Hoge Raad zich nog niet uit te laten over de rechtsgevolgen van de kwalificatie van de overeenkomst van 'telefoonabonnement inclusief toestel'.³ In de onderhavige zaak *Lindorff BV/Nazier* zijn die rechtsgevolgen wel nadrukkelijk aan de orde. De procedure draait om de inning van onbetaalde facturen van KPN. Nazier had namelijk als klant van KPN een tweetal telefoonabonnementen inclusief toestel genomen en op enig moment was hij opgehouden met betaling. KPN ontbond daarop de overeenkomsten en cedeerde de openstaande vorderingen aan Lindorff BV. Deze laatste begint een inningsprocedure voor de Rechtbank Den Haag (sectie kanton).

Nazier verschijnt niet in de procedure en daarom wordt tegen hem verstek verleend. Normaal gesproken leidt verstek van de gedaagde ertoe dat de vorderingen van de eiser worden toegewezen,⁴ maar bij consumententransacties is sinds enige tijd een opmars gaande van de ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht. Die opmars, geleid door het Europese Hof van Justitie, leidt er

* Met dank aan Bart Krans en Siewert Lindenberg voor commentaar op een eerdere versie.

1 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *TvC* 2014, p. 243, AA20140825, *NJ* 2015/477 (*Lindorff Purchase BV/Statia*).

2 Overigens is Titel 7.2A BW bij overeenkomsten gesloten vanaf 25 mei 2011 ook niet van toepassing als het gaat om zogeheten 'zacht krediet', dat wil zeggen krediet zonder rente en andere kosten (art. 7:58 lid 2, onder e, eerste gedeelte, BW). Zie HR 13

juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, r.o. 3.5.4.

3 Daarover mijn noot onder de uitspraak in AA 2014, p. 825-833 (AA20140825), met name p. 831 e.v.

4 Zie art. 139 Rv.

bijvoorbeeld toe dat de rechter uit eigen beweging dient te toetsen of sprake is van onredelijk bezwarende bedingen in de overeenkomst met de consument.⁵

De rechtbank vraagt zich daarom af of zij ambtshalve moet vaststellen of sprake is van koop op afbetaling en of de overeenkomst wel bindende kracht heeft. Artikel 7A:1576 lid 2 BW bepaalt namelijk dat een overeenkomst van koop op afbetaling niet van kracht wordt voordat de partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald, en bij een 'all-in abonnementsprijs' is die prijs niet (zelfstandig) vastgesteld. De rechtbank vraagt zich bovendien af of de sanctie in artikel 7A:1576 lid 2 BW moet worden gelezen als een nietigheid of als een vernietigbaarheid. Ten slotte vraagt de rechtbank zich af hoe een eventuele nietige of vernietigde overeenkomst afgewikkeld moet worden.

Omdat het antwoord op deze vragen van belang is voor talrijke andere geschillen waarin exact dezelfde vragen spelen, stelt de rechtbank de procedure van artikel 392 Rv in werking. Deze procedure maakt het de rechter mogelijk om bij wijze van prejudiciële vraag de betreffende rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen alvorens tot een beslissing te komen.⁶ Aldus geschiedt.⁷

Het antwoord van de Hoge Raad

De Hoge Raad beantwoordt de gestelde vragen in exact dezelfde samenstelling als in 2014. De eerste vraag die hij beantwoordt, is of artikel 7A:1576 lid 2 BW en 7:61 lid 2 BW eisen dat de door de consument te betalen koopprijs voor de mobiele telefoon afzonderlijk wordt bepaald in de overeenkomst of dat een 'all-in' prijs volstaat. Het antwoord is simpel.⁸ De regels inzake kredietovereenkomst eisen dat de koopprijs van de telefoon wordt vermeld in de overeenkomst en in de precontractuele informatie die de aanbieder moet geven.⁹ Op die manier wordt de consument in staat gesteld een weloverwogen beslissing te nemen over het krediet. Ook op grond van de regels over koop op afbetaling moet de consument duidelijk worden gemaakt wat de koopprijs van de telefoon is en daarmee de omvang van de verschuldigde betaaltermijnen. Een 'all-in' prijs waarin zonder specificatie ook de abonnementskosten en eventuele rentekosten zijn verwerkt, voldoet dus niet de eis van artikel 7A:1576 lid 2 BW.¹⁰

De tweede vraag gaat over de ambtshalve toepassing van de regels over koop op afbetaling en kredietovereenkomst. Daarbij komt de Europeesrechtelijke achtergrond

van de regels over kredietovereenkomst duidelijk naar voren. Gezien de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, die de rechter verplicht om zonodig ambtshalve passende maatregelen te verbinden aan de vaststelling dat een overeenkomst in strijd is met consumentenbeschermende bepalingen, is het niet verwonderlijk dat de Hoge Raad ten aanzien van artikel 7:61 lid 2 BW oordeelt dat de rechter zonodig *ambtshalve* tot vernietiging overgaat. Allereerst constateert de Hoge Raad hoe de nationale wetgever de sanctivering van artikel 7:61 lid 2 BW voor ogen stond:

3.7.2 (...) Op grond van art. 7:73 lid 1 BW kan van hetgeen is opgenomen in Titel 7.2A BW niet ten nadele van de consument worden afgevoerd. Titel 7.2A BW bevat zelf geen sanctiebepaling die de gevolgen van schending van de informatieverplichtingen uit art. 7:61 lid 2 BW regelt. Wel blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis dat in geval van niet-nakoming van de in dat artikel opgenomen informatieverplichtingen, de consument de keuze heeft tussen vernietiging van de overeenkomst op de voet van art. 3:40 lid 2 BW, schadevergoeding wegens een tekortkoming op de voet van art. 6:74 BW, of gehele of gedeeltelijke ontbinding wegens een tekortkoming op de voet van art. 6:265 BW, eventueel met schadevergoeding (Kamerstukken II 2010-2011, 32339, nr. 3, p. 20). Voorts wordt het niet voldoen aan de precontractuele informatieverplichtingen van art. 7:60 lid 1 of lid 2 BW, ingevolge lid 3 van die bepaling aangemerkt als een oneerlijke handelspraktijk zoals bedoeld in art. 6:193b BW, en derhalve als een onrechtmatige daad.

3.7.3 Uit het zojuist overwogene volgt dat het niet afzonderlijk vermelden van de door de consument te betalen koopprijs voor de mobiele telefoon, ingevolge art. 7:61 lid 2, onder e, BW kan leiden tot vernietiging van de kredietovereenkomst.

Vervolgens vat de Hoge Raad de rechtspraak van het HvJ EU samen op het punt van de ambtshalve toepassing van consumentenbeschermende Unierichtlijnen en concludeert hij:

3.8.2 Indien de rechter heeft vastgesteld dat de desbetreffende overeenkomst in strijd is met bepalingen die bescherming van de consument ten doel hebben, dient hij daaraan – zo nodig eveneens ambtshalve – passende maatregelen te verbinden die de consument effectieve rechtsbescherming bieden. Dit vloeit voort uit het doel en de strekking van deze bepalingen. Teneinde een effectieve bescherming van de consument te verzekeren die aan de specifieke omstandigheden van het geval is aangepast, kan een maatregel als het vernietigen van de overeenkomst passend zijn, voor zover daardoor de niet-nakoming van een verplichting wordt bestraft waarvan de vervulling essentieel is voor de wilsvorming van de consument en voor het bereiken van het door de Uniewetgever gewenste beschermingsniveau (HvJEU 17 december 2009, C-227/08 (Martín Martín), punten 31-34; vgl. ook HvJEU 3 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637 (Duarte Hueros/Autociba), punten 39-43).

5 Over ambtshalve toetsing zie men bijv. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ 2014/274*, AA20140358 (*Heesakkers/Voets*) en – in verband met de grenzen van de rechtsstrijd in appel – HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, *RvdW 2016/362* (*Ebecek/Stichting Trudo*). Vgl. ook het overzicht bij C.M.D.S. Pavillon, Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2015, afl. 3, p. 128 e.v.

6 Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392-394 Rv), ingevoerd bij Wet van 9 februari 2012, i.w.tr. 1 juli 2012, *KB Stb.* 2012, 166.

7 Rb. Den Haag (kanton) 8 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7875.

8 Zie HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *RvdW 2016*, 279 (*Lindorff BV/Nazier*), r.o. 3.4.1-3.6.

9 Art. 7:61 lid 2, aanhef en onder e, BW.

10 Zowel de prejudiciële vraag als het antwoord van de Hoge Raad (r.o. 3.6) is toegespitst op een koop op afbetaling door een consument; ik zie echter geen grond om anders te oordelen voor gevallen waarin de koper handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De regeling van koop op afbetaling en dus ook art. 7A:1576a BW dateren van 1936 (Wet van 23 april 1936, *Stb.* 1936, 202) en noch de wettekst, totstandkomingsgeschiedenis of toepassing van de wet kunnen tot de conclusie leiden dat de wet alleen de bescherming van

kortgezegd consumenten beoogt na te streven; ter gelegenheid van de invoering van art. 7:4 BW per 1 januari 1992 werd aan art. 7A:1576 BW een tweede lid toegevoegd om er zeker van te zijn dat de regel dat een koopovereenkomst bestaanbaar is zonder overeenstemming over de koopprijs, niet toepasselijk zou zijn op koop op afbetaling (vgl. arrest HR r.o. 3.5). Ook toen is niet de beperking aangebracht dat dit alleen voor afbetalingsovereenkomsten met consumenten zou gelden. Zie Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6 (Aanpassing BW), Deventer: Kluwer 1991, p. 385 (= *Kamerstukken II* 1981, 16979, 3, p. 66) alsmede *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, toelichting vierde gedeelte* (Boek 7), Den Haag: Sdu 1972, p. 864.

3.9 Gelet op het voorgaande dient de rechter, indien het ‘telefoonabonnement inclusief toestel’ een kredietovereenkomst in de zin van Titel 2A van Boek 7 BW inhoudt, ambtshalve te beoordelen of partijen hebben voldaan aan het bepaalde in art. 7:61 lid 2 BW, en kan hij zo nodig ook ambtshalve de kredietovereenkomst vernietigen.

Een en ander geldt ook indien tegen de consument verstek is verleend. Wel dient de rechter die overweegt een overeenkomst ambtshalve te vernietigen, de beginselen van hoor en wederhoor in acht te nemen en de verschenen partij(en) in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten en zo nodig hun stellingen aan te passen (vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets), rov. 3.9.1–3.9.2). Indien de consument in de procedure is verschenen, heeft hij aldus ook de gelegenheid zich ertegen te verzetten dat de betrokken overeenkomst wordt vernietigd, hetgeen de rechter dan heeft te respecteren (vgl. HvJEU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 (Asbeek Brusse), punt 49).

Deze overwegingen komen niet onverwacht. Wel opmerkelijk is dat de Hoge Raad hetzelfde beslist ten aanzien van artikel 7A:1576 lid 2 BW. Die regel is namelijk helemaal geen consumentenrecht van Europeesrechtelijk origine, maar ‘gewoon’ inheems recht.¹¹ Toch scheert de Hoge Raad het wetsartikel min of meer over dezelfde kam:¹²

3.11.1 Uit art. 7A:1576 lid 2 BW volgt dat de overeenkomst van koop op afbetaling niet van kracht is indien de door de koper te betalen prijs niet in de overeenkomst is bepaald. Dit betekent dat aan de overeenkomst dan geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden, evenals het geval is bij een overeenkomst die nietig of vernietigd is.

Art. 7A:1576 lid 2 BW strekt ertoe het belang van de koper te beschermen (zie hiervoor in 3.5). Voorts is de koper bij de in deze procedure aan de orde zijnde ‘telefoonabonnementen inclusief toestel’ (zoals omschreven in rov. 3.2 van het arrest Lindorff/Statia) steeds een consument en handelt de verkoper (de aanbieder) steeds in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Gelet op een en ander dient de rechter, met het oog op een effectieve bescherming van het belang van de consument die door middel van een ‘telefoonabonnement inclusief toestel’ een overeenkomst van koop op afbetaling ter zake van de mobiele telefoon is aangegaan, ambtshalve te onderzoeken of aan art. 7A:1576 lid 2 BW is voldaan en zo nodig ambtshalve te oordelen dat de koop op afbetaling geen rechtsgevolg heeft.

3.11.2 In dit opzicht bestaat derhalve geen relevant verschil met hetgeen de rechter ingevolge de rechtspraak van het HvJEU moet doen indien sprake is van een kredietovereenkomst in de zin van Titel 2A van Boek 7 BW (zie hiervoor in 3.7.1–3.9). Daarbij verdient opmerking dat 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. Op dit punt kan derhalve eenzelfde benaderingswijze worden gevolgd, hetgeen de hanteerbaarheid van de onderhavige regels ten goede komt.

Ik merk op dat de Hoge Raad dus oordeelt dat de sanctie op overtreding van artikel 7:61 lid 2 BW vernietigbaarheid is (r.o. 3.7.2–3.7.3) en dat de sanctie op overtreding van artikel 7A:1576 lid 2 BW ‘krachteloosheid’ is. Die krachteloosheid dient op één lijn te worden gesteld met een nietige of vernietigde overeenkomst wat betreft het

ontbreken van rechtsgevolg (r.o. 3.11.1). Dat is een eerste argument voor de Hoge Raad om de ambtshalve toetsing uit te breiden naar artikel 7A:1576 lid 2 BW; andere argumenten zijn dat de regels inzake consumentenkrediet en koop op afbetaling in geval van een telefoonabonnement gesloten door een consument in de praktijk vrijwel steeds naast elkaar van toepassing zullen zijn en dat een effectieve bescherming van het consumentenbelang gediend is bij die uitbreiding.

Op die gronden oordeelt de Hoge Raad dat beide sancties zonedig ambtshalve dienen te worden toegepast.¹³

De derde vraag gaat over de afwikkeling van de krachteloze, nietige of vernietigde overeenkomst met ‘all-in’ abonnementsprijs. Voor die afwikkeling geeft de Hoge Raad een aantal vuistregels:

3.14 (...) Vooropgesteld wordt dat zich in de praktijk velerlei feitelijke variaties kunnen voordoen die relevant zijn voor de beantwoording van deze vraag. Daarom moet in het kader van de beantwoording van deze prejudiciële vraag volstaan worden met enkele hoofdlijnen.

3.15.1 Indien de overeenkomst (voor het toestelgedeelte) niet tot stand is gekomen dan wel nietig is geoordeeld of is vernietigd, is de consument op grond van art. 6:203 BW verplicht het toestel terug te geven aan de aanbieder.

De verplichting tot teruggave betreft in beginsel het toestel in de staat waarin de consument het heeft ontvangen, maar het zal in de praktijk meestal niet mogelijk zijn daaraan te voldoen omdat het toestel inmiddels in staat en daarmee in waarde is achteruitgegaan. In zoverre schiet de consument weliswaar tekort in zijn verbintenis tot teruggave, maar dat zal hem niet kunnen worden toegerekend voor zover die waardevermindering heeft plaatsgevonden in een periode waarin hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave geen rekening behoeft te houden (art. 6:204 lid 1 BW). 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.

Wel dient de consument vanaf het moment waarop hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave rekening moet houden, als een zorgvuldig schuldenaar voor het toestel zorg te dragen. Indien en voor zover vanaf dat moment een waardevermindering optreedt die te wijten is aan een gebrek aan zorg, is hij daarvoor aansprakelijk. Dat moment ligt echter niet reeds op het moment van ontvangst van het toestel, nu de consument niet geacht kan worden te weten dat niet aan de uit art. 7:61 lid 2 BW of art. 7A:1576 lid 2 BW voortvloeiende eisen is voldaan. In de regel zal daarom eerst aan de consument duidelijk gemaakt moeten worden dat en waarom voor hem een verplichting tot teruggave van het toestel is of zal ontstaan.

3.15.2 Indien de consument het toestel niet teruggeeft, is hij verplicht tot vergoeding van de waarde van het toestel als aan de eisen van art. 6:74 e.v. BW is voldaan. Daartoe is dus vereist dat de consument in verzuim verkeert met betrekking tot zijn verbintenis tot teruggave, dan wel dat teruggave blijvend onmogelijk is (bijv. omdat het toestel is tenietgegaan of is doorverkocht). Ook de te vergoeden waarde van het toestel moet naar dat tijdstip bepaald worden.

11 De regeling van de koop op afbetaling dateert oorspronkelijk van 1936. Art. 7A:1576a BW dateert van 1992 en heeft geen Europeesrechtelijke achtergrond. Zie vorige voetnoot.

12 In de literatuur was in algemene zin al voor-

speld dat een dergelijke ‘proliferatie’ zou gaan plaatsvinden. Zie bijv. M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (oratie Amsterdam UvA), 2006; H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel*

EU-recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 36 e.v.

13 Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat art. 7A:1576 lid 2 BW ambtshalve toegepast dient te worden indien de koper op afbetaling in de uitoefening van beroep of bedrijf handelt.

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 (...) 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.

Tegen de achtergrond van deze 'vuistregels' voor afwikkeling overweegt de Hoge Raad bovendien:

De hiervoor bedoelde vernietiging van (een deel van) de overeenkomst is een gevolg van het feit dat de aanbieder niet heeft voldaan aan wettelijke verplichtingen die strekken tot bescherming van de consument. Daarom kan als regel niet gezegd worden dat die vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat geldt evenzeer voor zover de vernietiging tot gevolg zou hebben dat de consument de beschikking heeft gehad over een mobiele telefoon 'zonder dat hij daarvoor iets behoeft te betalen' (hetgeen overigens niet steeds het geval zal zijn (...)).¹⁴

Ten slotte beantwoordt de Hoge Raad nog de vraag of de 'all-in' prijs getoetst kan worden aan de regels over algemene voorwaarden. De Hoge Raad oordeelt dat een duidelijk en begrijpelijk geformuleerde 'all-in' prijs in de regel een kernbeding is en daarmee buiten het werkingsbereik van Afd. 6.5.3 BW valt.¹⁵

Noot

Er valt veel te zeggen over deze uitspraak. Ik beperk mij hier tot een aantal opmerkingen over de ongeldigheid en de onverschuldigde betaling.

1 Ongeldigheid

Omdat de overeenkomst van 'telefoonabonnement inclusief toestel' mede gekwalificeerd moet worden als een overeenkomst van consumentenkrediet en een koop op afbetaling, is het de vraag of de nietigheid, vernietiging of krachteloosheid (hierna tezamen aan te duiden als 'ongeldigheid'¹⁶) zien op de *gehele* overeenkomst of slechts op het 'toestelgedeelte' daarvan. Die vraag is de Hoge Raad niet voorgelegd en hij beantwoordt de vraag ook niet uit eigen beweging.

Op grond van artikel 3:41 BW kan bij nietigheid en na vernietiging worden geconcludeerd dat de overeenkomst slechts partieel nietig is.¹⁷ Ik acht aannemelijk dat hetzelfde voor krachteloosheid ex artikel 7A:1576 BW kan gelden. Artikel 3:41 BW laat echter de mogelijkheid open dat de overeenkomst die gedeeltelijk gebreken vertoont toch volledig nietig is, namelijk wanneer het geldige en nietige deel met elkaar in 'onverbrekelijk verband' staan. Of daarvan sprake is, zal in concreto aan de hand van de feiten beantwoord moeten worden. Dat verklaart vermoedelijk waarom de Hoge Raad er geen ongevraagde uitlatingen over doet. Overigens laat hij voor mijn gevoel wel doorschemeren dat in beginsel van partiële nietigheid moet worden uitgegaan, omdat op verschillende plaatsen tussen haakjes gewezen wordt op de (mogelijke) beperking tot het 'toesteldeel' van de overeenkomst.¹⁸ Bovendien is vaste rechtspraak dat nulliteiten niet verder reiken dan strikt noodzakelijk is gezien de strekking van de te sanctioneren regel.¹⁹

14 R.o. 3.13.

15 R.o. 3.17.

16 Over termen en onderscheidingen in dit verband, zie men ook A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. 6. *Verbintenis-*

senrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2014, nr. 610 e.v.

17 Art. 3:41 BW ziet ook op de rechtsgevolgen na vernietiging, aldus Parl.Gesch. Boek 3, p. 193.

18 Zie r.o. 3.13, 3.15.1, 3.15.3.

19 HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717,

NJ 2006/378, AA20070358 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*); HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2221, NJ 2008/502 (*AVM Accountants*).

2 Onverschuldigde betaling

2.1 Het wettelijk kader

Prestaties die partijen hebben verricht op grond van nietige, vernietigde of krachteloze overeenkomsten zijn zonder rechtsgrond verricht en moeten ongedaan worden gemaakt. Het leerstuk van de onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) is daarop van toepassing. Dat geldt ook bij ongeldige kredietovereenkomsten, zelfs als de kredietnemer het geleende al heeft ontvangen en bestemd.²⁰ De ongedaanmakingsverbintenis uit de wet maakt allereerst onderscheid naar gelang de aard van de ontvangen prestatie: een goed, een geldsom of een andere prestatie.

Betreft de prestatie een goed in de zin van artikel 3:1 BW, dan dient de ontvanger het goed terug te geven.²¹ Kan hij dat niet, dan is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een wettelijke verbintenis waar het schadevergoedingsregime van artikel 6:74 BW op van toepassing is. In artikel 6:204 lid 1 BW is een specifieke regel opgenomen over de toerekenbaarheid, welke derogert aan de algemene regels voor toerekening in artikel 6:75 BW.²² De wet bepaalt niet expliciet hoe moet worden omgegaan met de tussentijdse waardevermindering of -vermeerdering van het goed. Wel bepaalt de wet het nodige over vruchten en kosten. Die regels luiden als volgt.

- 1 Is de ontvanger van het goed ten tijde van de ontvangst te kwader trouw²³ (dat wil zeggen: neemt hij het goed in ontvangst in de wetenschap dat er geen rechtsgrond voor de betaling bestaat), dan:
 - is hij terstond in verzuim van zijn terugbetalingsverbintenis (art. 6:205 BW),
 - dient hij eventuele vruchten die uit het goed voortkomen af te staan en
 - heeft hij slechts beperkt recht op vergoeding van kosten die hij ten behoeve van het goed heeft gemaakt (art. 6:206 jo. 3:121 BW).
- 2 Is de ontvanger te goeder trouw ten tijde van de ontvangst, dan:
 - is hij niet terstond in verzuim van zijn terugbetalingsverbintenis en is dus wellicht eerst een ingebrekestelling nodig alvorens verzuim op grond van artikel 6:82 jo. 6:74 BW intreedt
 - kan hij in beginsel aanspraak maken op de vruchten en op vergoeding van de ten behoeve van het goed gemaakte kosten (art. 6:206 jo. 3:120 BW)

²⁰ Ons recht kent geen regeling zoals het Duitse § 494 BGB, die het onder dergelijke omstandigheden mogelijk maakt om de ongeldige kredietovereenkomst van rechtswege te laten converteren in een geldige, zij het voor de kredietverstrekker minder gunstige kredietovereenkomst. Daarover bijv. R. Josten, *Kreditvertragsrecht*, München: Beck 2012, p. 141. Zie voor de gevolgen van ‘cancellation’ naar Engels recht, dat wat betreft de vorm en aard van de ongedaanmakingsplicht onderscheid maakt tussen geldkrediet en goederenkrediet, A. Hill-Smith, *Consumer Credit – Law and Practice*, Abingdon, Ox.: Informa Routledge 2015, p. 171 ev. Veel ongunstiger dan

het Nederlandse recht was voorheen het Engelse recht in gevallen van ‘irredeemably unenforceable’ (= krachteloze) kredietovereenkomsten; daarover F. Philpott e.a., *The Law of Consumer Credit and Hire*, Oxford: OUP 2009, p. 398 e.v.

²¹ M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 151. Het begrip ‘geven’ in art. 6:203 BW omvat zowel gevallen van juridische levering van het goed als gevallen waarin het goed ter beschikking werd gesteld (bijv. bij huur).

²² A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV**

De verbintenis uit de wet, Deventer: Kluwer 2011, nr. 437 spreekt van ‘aanvullende regels’, maar dat lijkt mij onzuiver.

²³ Goede trouw wordt verondersteld. Kwade trouw moet worden bewezen; art. 3:118 lid 3 BW. Het gaat bij art. 6:205 BW om de wetenschap van de ontvanger ten tijde van de inontvangstneming van de betaling omtrent het ontbreken van een rechtsgrond voor de betaling. Later verkregen kennis van de werkelijke feiten doet niet aan af goede trouw ten tijde van de ontvangst.

²⁴ Zie art. 6:74 jo. 6:82-83 jo. 6:119 BW; vgl. art. 6:205 BW voor verzuim van rechtswege bij inontvangstneming te kwader trouw.

- heeft hij binnen de grenzen van de redelijkheid recht op
 - vergoeding van de kosten van ontvangst en retourneren van het goed, en
 - vergoeding van uitgaven die hij heeft gedaan in de periode waarin hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het goed geen rekening behoefde te houden en die zouden zijn uitgebleven als hij het goed niet had ontvangen (art. 6:207 jo. 6:204 BW).

Is de prestatie een geldsom, dan dient een nominaal gelijk bedrag te worden gerestitueerd (art. 6:203 lid 2 BW), eventueel met wettelijke rente over de periode waarin de ontvanger in verzuim verkeerde van de verbintenis tot terugbetaling.²⁴

Is de prestatie van een andere aard, dan moet deze worden ongedaan gemaakt (art. 6:203 lid 3 BW). Is dat naar de aard onmogelijk (bijvoorbeeld bij onstoffelijke dienstverlening zoals het ter beschikking stellen van telefoniefaciliteiten), dan ontstaat onder de voorwaarden gesteld in artikel 6:210 lid 2 BW een verbintenis tot vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvan.

Hoe werkt het wettelijk kader uit bij ongeldige telefoonabonnementen? Als we uitgaan van partiële ongeldigheid, dan kunnen we ons beperken tot de restitutieverbintenissen wat betreft het ‘toestelgedeelte’ van de overeenkomst. Dan gaat het dus niet over het beltegoed, maar alleen over de teruggave van het toestel dat aan de consument geleverd was en de terugbetaling van de bedragen die de consument voor dat toestel betaald heeft.

2.2 Restitutie door de telefonieaanbieder

Allereerst een nadere blik op de restitutieverbintenis van de aanbieder van een telefoonabonnement inclusief toestel. Uiteraard is de rechtsgrond voor de ongeldigheid van belang. Als het abonnement netjes de verkoopwaarde van het toestel, de afbetalingscomponent en de rentecomponent voor de afbetaling in termijnen vermeldt, maar de overeenkomst toch ongeldig is wat betreft het toesteldeel (bijv. omdat ten onrechte geen rekening is gehouden met het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1, onder d, BW), dan zal relatief eenvoudig kunnen worden vastgesteld welk deel van de betaalde termijnen toegerekend dient te worden aan afbetaling en rente. In werkelijkheid

geven veel van de contracten waar het hier om gaat, geen inzicht in de toerekening van afbetaling en rente. Daarom moet, zo overweegt de Hoge Raad, bepaald worden welk gedeelte van de door de consument betaalde maandtermijnen geacht wordt te zijn bestemd voor de voldoening van de koopsom, de aflossing van het krediet, en de daarmee verband houdende kosten die de consument heeft betaald.

Dit klinkt eenvoudig, maar in werkelijkheid zal het toch een operatie 'koffiedik kijken' zijn. Juist als de aanbieder in het contract bepaalde dat het toestel 'gratis' was, moet niet diens subjectieve kostentoe rekening maar een soort objectieve externe toetsing plaatsvinden. Men zal in redelijkheid de verkoopwaarde van het toestel (als die niet bij contractsluiting is medegedeeld), een redelijke kredietrente en redelijke bijkomende kosten over de contractduur moeten vaststellen om deze vervolgens lineair gespreid af te trekken van het totaal van de termijnbedragen.²⁵ Dit is natuurlijk rijkelijk vaag en als men dit soort geschillen echt efficiënt wil afwikkelen, is het zaak dat telefonieaanbieders hier in goed overleg met consumentenvertegenwoordigers een 'massaregeling' voor treffen waarin bijvoorbeeld gestandaardiseerde percentages worden neergelegd.

Wettelijke rente over het toesteldeel van de betaalde bedragen is de aanbieder pas verschuldigd vanaf het moment van verzuim. Van verzuim zal in de regel slechts sprake zijn na ingebrekestelling door de consument.²⁶

2.3 Restitutie door de consument

Het is duidelijk dat de Hoge Raad geen vergoeding mogelijk acht voor het genot van het toestel. Alle denkbare wegen, van ongerechtvaardigde verrijking tot redelijkheid en billijkheid, worden geblokkeerd.²⁷ De telefonieaanbieder moet het doen met restitutie van het toestel.

De restitutieverbintenis ziet op het teruggeven van het toestel, in *de staat* waarin deze is ontvangen.²⁸ Bij de nakoming van die verbintenis kunnen zich verschillende complicaties voordoen. Ik onderscheid omwille van de duidelijkheid de volgende situaties:

- a vermindering van de waarde door enkel tijdsverloop;
- b vermindering van de waarde door gebruik of beschadiging;
- c achterwege blijven van restitutie van het toestel;
- d onmogelijkheid van restitutie door tenietgaan, doorverkoop et cetera;

ad a – vermindering van de waarde door enkel tijdsverloop

Wat betreft de restitutie door de consument overweegt de Hoge Raad dat de verplichting tot teruggave van het toestel in beginsel *de staat* betreft waarin het toestel verkeerde ten tijde van ontvangst. *Nieuwstaat* dus.²⁹ Dat is naar mijn mening niet hetzelfde als *nieuwwaarde*. Zou men de telefoon twee jaar in de kast leggen en deze vervolgens in ongebruikte staat proberen te verkopen, is de kans groot dat het enkele tijdsverloop de waarde van het toestel heeft doen afnemen, bijvoorbeeld omdat er nieuwere toestellen op de markt zijn gekomen met meer mogelijkheden en hetzelfde toestel daardoor inmiddels tegen een lagere nieuwprijs wordt verkocht. Deze afschrijving van waarde valt naar mijn mening niet onder artikel 6:204 BW omdat het niet een zorgvuldige of onzorgvuldige gedraging van de restitutieplichtige is die hier de waardewijziging teweegbrengt.³⁰ Een ongebruikt toestel kan namelijk zonder bezwaar worden teruggegeven, en een tussentijdse waardevermindering door enkel tijdsverloop is voor rekening van de telefonieaanbieder, omdat deze door het karakter van de restitutie (dat is: het terugbrengen in de toestand die zonder contract zou hebben bestaan) geacht wordt altijd de economische waarde van het goed in zijn vermogen te hebben gehad.³¹ Omgekeerd geldt immers ook dat een waardevermeerdering door enkel tijdsverloop ten gunste komt van degene die geacht moet worden altijd de rechthebbende te zijn gebleven van het te restitueren goed. Als bijvoorbeeld de verkoop van gouden sieraden ongeldig blijkt te zijn en de waarde van de sieraden inmiddels is gestegen door stijging van de goudprijs, dan strekt de restitutieverbintenis tot het teruggeven van de sieraden en komt daarmee de waardevermeerdering toe aan de verkoper.

²⁵ Dit is mogelijk anders als de aanbieder kan aantonen dat sprake was van 'zacht krediet', waarbij wel aflossing is verdisconteerd in de termijnbedragen, maar waarbij geen rente in rekening is gebracht.

²⁶ Dit is anders indien de aanbieder destijds de betalingen te kwader trouw in ontvangst heeft genomen (art. 6:205 BW). In dat geval is wettelijke rente verschuldigd vanaf het tijdstip van ontvangst van de bedragen. Zie art. 6:74 jo. 6:205 jo. 6:119 BW.

²⁷ R.o. 3.16.

²⁸ Vgl. H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2001, p. 36; S.R. Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenis* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 339.

²⁹ Voor een geval van vernietiging wegens dwaling heeft de HR anders beslist in HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8732, *RvdW* 2013/561:

'De gehoudenheid tot schadevergoeding van [verweerster] is gegrond op het tekortschieten in de nakoming van haar verplichting de auto terug te geven. Die teruggave diende te geschieden in de staat waarin de auto zich bevond toen de koopovereenkomst werd vernietigd.' Op die laatste zin kan eenvoudig kritiek worden geformuleerd. Het moment van vernietiging is bijvoorbeeld willekeurig. Zie uitgebreid F. Damsteegt-Mollier, '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', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2013, p. 260; vgl. concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2015:2658, nr. 7.17. Ik vermoed dat het arrest van 2013 gewoon onjuist is geformuleerd; voor het dictum in die zaak zou het geen verschil hebben gemaakt, aannemende dat de staat van de auto op het moment van doorverkoop (moment van onmogelijkheid van nakoming van de primaire restitutieverbintenis en daarmee het moment van

omzetting tot een verbintenis tot vervangende schadevergoeding) gelijk was aan de staat op het moment van vernietiging.

³⁰ Hetzelfde zou mutatis mutandis gelden voor art. 6:27 BW en art. 6:273 BW.

³¹ Het is om die reden dat in art. 6:278 lid 2 BW de regel is opgenomen dat de restitutieplichtige die het moment van ongedaanmaking strategisch uitkiest teneinde aan een waardevermindering te ontkomen, door bijbetaling de oorspronkelijke waardeverhouding tussen de prestaties te herstellen. Overigens is het de vraag hoe groot het werkingsbereik van art. 6:278 lid 2 BW is. Zo heeft de HR bepaald bij vernietiging op grond van art. 1:88 BW dat de beschermingsidee van dat artikel eraan in de weg staat dat het verweer van art. 6:278 BW wordt gevoerd (HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, *NJ* 2009/578 (*Dexia / Van Tuijl*)).

ad b – vermindering van de waarde door gebruik of beschadiging

Als de consument het toestel teruggeeft in een staat die minder is dan nieuwstaat, dan is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een wettelijke verbintenis. De Hoge Raad geeft een op artikel 6:204 lid 1 BW geënt richtsnoer door te bepalen dat de consument in beginsel mag volstaan met teruggave in de staat waarin het toestel zich bevindt op het moment van teruggave, omdat alleen de vermindering van de staat (de Hoge Raad spreekt van waardevermindering, maar dat lijkt mij minder zuiver) die te wijten is aan een gebrek aan zorg een toerekenbare tekortkoming oplevert. Het is dus aan de telefonieaanbieder om te bewijzen dat de consument onzorgvuldig is omgesprongen met het toestel. De Hoge Raad verhoogt die bewijsdrempel door te oordelen dat de zorgplicht van artikel 6:204 lid 1 BW in de regel pas ontstaat zodra de telefonieaanbieder aan de consument duidelijk heeft gemaakt ‘dat en waarom voor hem een verplichting tot teruggave van het toestel is of zal ontstaan’. Mijn inschatting is dat de Hoge Raad hier het signaal geeft aan telefonieaanbieders om niet moeilijk te doen over de staat van het gerestitueerde toestel. De implicaties van deze bewijslastverdeling zijn verstrekkend; de telefonieaanbieder kan immers, zo vermoed ik, zelden aantonen *wanneer* beschadigingen zijn opgetreden (laat staan door welke oorzaak). Bovendien zal het sop de kool niet waard zijn voor de telefonieaanbieder. Dat betekent vermoedelijk dat de consument in het gros van de gevallen *de facto* kan volstaan met het retourneren van het toestel, ongeacht de staat waarin dit zich bevindt.

ad c – achterwege blijven van restitutie van het toestel

In de regel zal de consument het toestel niet te kwader trouw hebben aangenomen (in de zin van art. 6:205 BW), zodat eerst verzuim moet intreden alvorens de telefonieaanbieder aanspraak kan maken op aanvullende schadevergoeding en er conversie ex artikel 6:87 BW kan plaatsvinden zodat bij wijze van vervangende schadevergoeding de vervangende waarde van het toestel kan worden opgeëist.³² Die vervangende waarde betreft de staat waarin het toestel verkeert ten tijde van omzetting in een verbintenis tot betaling van vervangende schadevergoeding,³³ tenzij die staat voordien al verminderd was door onzorgvuldigheid van de consument in de zin van artikel 6:204 lid 2 BW.

ad d – onmogelijkheid van restitutie door tenietgaan, doorverkoop et cetera

De consument die tot teruggave van de telefoon wordt aangesproken, kan niet volstaan met de mededeling dat hij de telefoon niet meer heeft. De onmogelijkheid van nakoming van de wettelijke restitutieverbintenis is een bevrijdend verweer en moet dus gesteld en zo nodig beezen worden door de consument.³⁴ De telefonieaanbieder zal vermoedelijk tot opschorting (art. 6:52 BW) van zijn restitutieverbintenis overgaan totdat de klant het toestel heeft geretourneerd of heeft bewezen dat het onmogelijk is om het toestel te retourneren (art. 6:54 BW). Bewijs van onmogelijkheid kan uiteraard door getuigen geschieden maar ook stille getuigen zoals een aangifte van diefstal of een claim wegens verlies op een verzekeringspolis kunnen tot bewijs dienen. Een eventuele verzekeringsuitkering zal moeten worden afgedragen aan de telefonieaanbieder (art. 6:78 BW). Een consument die toegeeft dat hij het toestel heeft doorverkocht, zal vermoedelijk enige vergoeding verschuldigd zijn gelijk aan de verkoopprijs.³⁵

2.4 Praktische uitwerking

Na deze vier situaties te hebben geschetst, is het nu van belang om te kijken naar de praktische uitwerking. Ik denk dat de telefonieaanbieder die zich geconfronteerd ziet met een klant die zich op de (partiële) ongeldigheid van de overeenkomst beroept, zich tegen de achtergrond van het arrest van de Hoge Raad als volgt zal mogen opstellen. De aanbieder zal elke terugbetaling van de betalingen die aan het toestel toegerekend kunnen worden, mogen opschorten totdat de consument het toestel retourneert. De aanbieder zal de klant mededelen dat en waarom deze het toestel onmiddellijk dient te retourneren; de consument zal worden gewezen op zijn zorgplicht van artikel 6:204 lid 1 BW en voor zover nodig zal hij in gebreke worden gesteld van zijn restitutieverbintenis zodat binnen gereede tijd verzuim intreedt als hij nalaat het toestel te retourneren. De consument kan volstaan met het retourneren van het toestel in de staat waarin zich dit bevindt. Retourneert hij niet, dan zal hij moeten aantonen dat en waarom sprake is van onmogelijkheid. Kan hij dat niet, dan zal de aanbieder – zo nodig na de omzetting ex artikel 6:87 BW – de vermoedelijke waarde van het toestel in ‘gemiddelde gebruikte staat’ in verrekening mogen brengen.

³² Het intreden van verzuim leidt bovendien tot het verspringen van het risico van onmogelijkheid van restitutie; zie art. 6:84 BW. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/nr. 439.

³³ R.o. 3.15.2.

³⁴ Over het bevrijdend verweer bijv. G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014, p. 44.

³⁵ Let wel: heeft de consument het telefoontoestel doorverkocht op een moment waarop hij niet met ongedaanmakingsverbintenis rekening hoefde te

houden, dan is sprake van een feitelijk onmogelijkheid om te restitueren, welke tekortkoming hem niet toegerekend zal worden (art. 6:204 lid 1 jo. 6:74). De telefonieaanbieder heeft dan in elk geval recht ex art. 6:78 lid 1 jo. art. 6:212 BW op vergoeding van het laagste bedrag van ofwel de koopprijs ofwel de marktwaarde van het toestel in de staat waarin het verkeerde ten tijde van de doorverkoop. Vond doorverkoop plaats op een moment waarop de consument wél rekening had moeten houden met restitutie, dan heeft de telefonieaanbieder recht (ex art. 6:74 BW) op

vervangende schadevergoeding ten belope van marktwaarde van het toestel in de staat waarin dit verkeerde ten tijde van de doorverkoop. De vergoeding aan de telefonieaanbieder kan hoger uitvallen als de telefonieaanbieder kan aantonen dat onzorgvuldigheid van de consument (art. 6:204 lid 1 BW) voor de verkoop de waarde reeds heeft doen afnemen. Vgl. M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 170; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/nr. 438.

Slot

De afwikkeling van een ongeldige overeenkomst van ‘telefoonabonnement inclusief toestel’ is ingewikkeld. De Hoge Raad geeft een aantal algemene richtlijnen die in dit soort dossiers kunnen worden toegepast, en hoewel een aantal aspecten nog onbeslist is gebleven, zijn de gevolgen van deze uitspraak toch al verstrekkend te noemen.³⁶ Als consumenten hun rechten die uit deze uitspraak voortvloeien, *en masse* uitoefenen, zullen de financiële gevolgen voor de telecombranche ongetwijfeld aanzienlijk zijn. Is dat erg? Sommigen zullen menen dat hier onverdiende voordeeltjes worden uitgedeeld aan consumenten. Zouden onoplettende of financieel ongeletterde consumenten werkelijk benadeeld zijn door het ontbreken van een aanduiding van de prijs van (de lening voor) het toestel? En werpt dit arrest niet een onverdiend voordeel in de schoot van de meer onderlegde en gewiekste consumenten die wel (ongeveer) wisten hoe duur het toestel was, en ook van hen die exact dezelfde beslissing zouden hebben genomen als zij correct op de hoogte waren gesteld van de prijs van het toestel en het krediet? Anderen zullen erop

wijzen dat dit nu juist de wil van de wetgever is geweest: nietigheid leidt nu eenmaal tot een plicht tot terugbetaling van betaalde geldbedragen en tot het (in beginsel) terugspringen van het risico van waardevermindering of tenietgaan van de geleverde zaak. Weer anderen zullen erop wijzen dat bedrijven die aan prijsversluiting doen, maar gewoon op de blaren moeten zitten. Of zij zullen erop wijzen dat de Hoge Raad nu eindelijk eens ‘doeltreffend en afschrikwekkend’ doorpakt, waar hij het in de aandelenlease-arresten juist liet afweten wat betreft ‘doeltreffend en afschrikwekkend’ vernietigen wegens dwaling.³⁷

Hoe dit alles ook zij, de wettelijke regeling van de onverschuldigde betaling kent weinig mededogen, en dat is vanuit Europeesrechtelijk handhavingsperspectief misschien wel te billijken.³⁸ Overigens zal het feit dat de regels inzake consumentenkrediet en koop op afbetaling van toepassing zijn, voor nog veel meer hoofdpijn kunnen zorgen. Zo moet naar mijn mening de echtgenoot van de abonneerhouder *meetekenen*, op straffe van vernietigbaarheid (art. 1:88 BW).³⁹ ■

³⁶ Dat waren de gevolgen van de uitspraak in de zaak *Lindorff Purchase BV/Statia* overigens ook al. Zie de inventarisatie van overwegend publiekrechtelijke gevolgen in de brief van de Minister van Financiën d.d. 1 juli 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 32545, 31. Het laatste bericht (maart 2016) is dat de branche nog niet opschiet met naleving van deze wettelijke verplichtingen en het opstellen van de zelfreguleringscode; zie

‘Ultimatum aan telecomsector over gedragscode’ (*Telegraaf* 21 maart 2016).

³⁷ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, 2811 en 2822, AA20100188, *NJ* 2012/182 (*Aandelenlease*).

³⁸ In dit verband is relevant te melden dat een stichting of vereniging als bedoeld in art. 3:305a BW kan vorderen dat de telefonieaanbieder wordt veroordeeld om tot restitutie aan haar klanten

over te gaan. Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 25 (invoering art. 3:305a BW); Scheltema 1999, p. 99-100, en wat betreft ontvankelijkheid HR 2 september 1994, *NJ* 1995/369 (*Consumentenbond/Nuts*).

³⁹ Voor een overzicht van de verschillende rechtsgevolgen verwijs ik naar mijn AA-annotatie onder HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (AA20140825) (*Lindorff Purchase BV/Statia*).