

Is een telefoonabonnement met ‘gratis’ toestel een overeenkomst van consumentenkrediet?

Prof. mr. W.H. van Boom*

HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385

Een prejudiciële vraag

De hier besproken uitspraak betreft een zogenaamde prejudiciële vraag aan de Hoge Raad. Dat is een relatief nieuwe procedure waarbij de feitenrechter in civiele zaken rechtstreeks rechtsvragen kan voorleggen aan de Hoge Raad, zodat partijen sneller een beslissing verkrijgen over de juridische kern van hun geschil.¹ Voorheen zou men namelijk eerst de einduitspraak van de feitenrechter moeten krijgen om daarna tot de Hoge Raad te procederen, met als mogelijke uitkomst dat de Hoge Raad aan het eind van de rit over het juridische vraagstuk een geheel ander oordeel zou vellen dan de lagere rechter en er misschien na cassatie verwijzing moest plaatsvinden. Dat is niet altijd efficiënt, zeker als er veel vergelijkbare dossiers bij verschillende lagere rechters ter behandeling voorliggen en elk van die dossiers langzaam op weg is naar de Hoge Raad. De regeling van de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392 Rv) geeft daarom een alternatieve rechtsgang: éérst naar de Hoge Raad om de centrale rechtsvraag of -vragen beantwoord te krijgen voordat de feitenrechter de zaak beslist. Daarmee wordt de kans vergroot dat één uitspraak tal van lopende zaken beslist, vlot trekt of op andere wijze verder helpt. De prejudiciële-vraagprocedure mag daarom wat mij betreft, net als de WCAM (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade), worden gerekend tot de meest innovatieve privaatrechtelijke wetgeving sinds mensenheugenis.²

De randvoorwaarden waaraan een prejudiciële vraag moet voldoen, zijn relatief simpel: het moet gaan om een rechtsvraag die voor meerdere rechtszaken relevan-

tie heeft en dus een ‘massa-element’ heeft. Als de Hoge Raad oordeelt dat de vraag zich niet voor prejudiciële beantwoording leent of onvoldoende belangrijk is, kan hij de vraag onbeantwoord laten. Dat is in de onderhavige procedure terecht niet gebeurd. Het gaat namelijk om een vraag die voor tal van telefonieabbonementen relevant is.

De feiten zijn kort gezegd als volgt. Op 10 december 2010 sluit een consument in een winkel twee telefoonabbonementen af met telefonieaanbieder KPN. Bij elk abonnement wordt een telefoon geleverd waarvan de winkelwaarde ongeveer € 475 bedraagt. Bij het ene abonnement, waar een contract van is opgemaakt, bedragen de abonnementskosten € 54,50 per maand, met een korting voor de eerste twaalf maanden. Van het andere abonnement is geen schriftelijk contract opgemaakt. De consument blijft achter met betalen van de maandbedragen en KPN vordert in rechte ten overstaan van de kantonrechter Delft betaling van bijna € 2000 aan abonnementsgelden en kosten. De consument brengt onder meer de volgende twee verweren in tegen de vordering. In de eerste plaats stelt de consument dat telefoonabbonementen waarbij een ‘gratis’ toestel wordt geleverd, gekwalificeerd kunnen worden als koop op afbetaling in de zin van artikel 7A:1576 BW. Aangezien het tweede lid van dat artikel bepaalt dat de koop op afbetaling niet bindend is indien partijen geen koopprijs hebben vastgesteld, zijn de onderhavige overeenkomsten niet geldig nu er in de abonnementsprijs geen koopprijs voor het toestel is bepaald. In de tweede plaats stelt de consument dat de overeenkomsten ook gezien kunnen worden als consumentenkrediet dat valt onder de

* Met dank aan Margreet Duynstee, Ruben de Graaff en Roland de Moor voor commentaar.
1 Art. 392-394 Rv (Wet prejudiciële vragen aan de

Hoge Raad), ingevoerd bij Wet van 9 februari 2012 (i.w.tr. 1 juli 2012, KB *Stb.* 2012, 166; *Kamerstukken* 32612).

2 Wat betreft die vernieuwing komt veel eer toe aan wijlen Niels Frenk (1962-2013), bij leven wetgevingsjurist en hoogleraar VU Amsterdam.

werking van de Wet op het consumentenkrediet (Wck). In artikel 30 Wck, zoals dat artikel luidde ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten, was namelijk bepaald dat de krediettransactie vernietigbaar is als deze niet bij akte is aangegaan. Dat moet gevolgen hebben voor de transactie waarvan geen akte is opgemaakt.

Voordat de kantonrechter op deze verweren beslist, wenst hij antwoord op de prejudiciële vraag of telefoonabonnementen waarbij een gratis telefoontoestel ter beschikking wordt gesteld aan een consument, te kwalificeren zijn als (1) koop op afbetaling in de zin van artikel 7A:1576 BW, als (2) krediettransactie in de zin van de Wck en als (3) kredietovereenkomst in de zin van Titel 7.2A BW. Dat laatste is van belang omdat het wettelijk regime van de Wck met ingang van 25 mei 2011 is gewijzigd en sinds die datum een nieuwe regeling in Titel 7.2A BW (art. 7:57 e.v. BW) de meeste civielrechtelijke aspecten van consumentenkrediet bestrijkt. Voor abonnementen met ‘gratis’ toestel, afgesloten op of na 25 mei 2011 is dus Titel 7.2A mede van belang, naast (onder meer) een aantal bepalingen uit de Wck.

Het antwoord van de Hoge Raad

De Hoge Raad beslist als volgt:

“3.2 De kantonrechter heeft als prejudiciële vraag gesteld “of telefoonabonnementen, waarbij een (‘gratis’) telefoon aan de consument ter beschikking wordt gesteld, zijn te kwalificeren als een consumentenkrediet als bedoeld in de Wck (tot 25 mei 2011) dan wel als bedoeld in titel 2A van boek 7 BW (vanaf 25 mei 2011), ofwel dat dergelijke overeenkomsten zijn te kwalificeren als koop op afbetaling als bedoeld in artikel 7A:1576 e.v. BW”.

Uit het vonnis van de kantonrechter volgt dat de vraag in het bijzonder betrekking heeft op overeenkomsten

(a) die gesloten zijn tussen enerzijds een in het kader van zijn beroep of bedrijf handelende (rechts)persoon (hierna: de aanbieder) en anderzijds een natuurlijk persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten vallen (hierna: de consument), (b) en waarbij een abonnement wordt afgesloten voor mobiele telefonie met eventuele daarmee verbonden diensten, met een bepaalde (minimum)looptijd van meer dan drie maanden,

(c) en waarbij gekoppeld aan het abonnement een mobiele telefoon “gratis” (dat wil zeggen zonder dat daarvoor een bepaald bedrag als vergoeding tot uitdrukking is gebracht) ter beschikking van de consument wordt gesteld, welke telefoon eigendom van de consument wordt of (onder de opschortende voorwaarde van betaling van de overeengekomen termijnen) kan worden.

Een dergelijke overeenkomst wordt hierna kortheidshalve ook aangeduid als een “telefoonabonnement inclusief toestel”.

3.3 De prejudiciële vraag stelt aan de orde of een telefoonabonnement inclusief toestel, zoals hiervoor in 3.2 omschreven, moet worden aangemerkt:

(i) als koop en verkoop op afbetaling in de zin van art. 7A:1576 e.v. BW,

(ii) indien de overeenkomst is gesloten voor 25 mei 2011: als krediettransactie (in het bijzonder als goederenkrediet) in de zin van de Wck (oud) (zie art. 1, aanhef en onder a en e, Wck (oud)), en

(iii) indien de overeenkomst is gesloten op of na 25 mei 2011: als kredietovereenkomst in de zin van Titel 2A van Boek 7 BW (zie art. 7:57 lid 1, aanhef en onder c, BW).

Deze rechtsfiguren worden hierna aangeduid als respectievelijk koop op afbetaling (i),

krediettransactie (ii), en kredietovereenkomst (iii).

De wettelijke regelingen van de krediettransactie en de kredietovereenkomst berusten op Europese richtlijnen (de regeling van de krediettransactie op Richtlijn 87/102/EEG van 22 december 1986, zoals gewijzigd door Richtlijn 90/88/EEG van 22 december 1990 en Richtlijn 98/7/EG van 16 februari 1998; en de regeling van de kredietovereenkomst op Richtlijn 2008/48/EG van 23 april 2008). De Hoge Raad stelt voorop dat omtrent de betekenis van deze richtlijnen voor de beantwoording van de prejudiciële vraag door de Hoge Raad redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan. De Hoge Raad ziet dan ook geen aanleiding om prejudiciële vragen aan het HvJEU te stellen.

3.4.1 Voor het aanmerken van een telefoonabonnement inclusief toestel als koop op afbetaling ter zake van de mobiele telefoon is nodig dat sprake is van een koopprijs die wordt betaald in termijnen, waarvan twee of meer verschijnen nadat de mobiele telefoon aan de koper is afgeleverd (vgl. art. 7A:1576 lid 1 BW).

Voor het aanmerken van een telefoonabonnement inclusief toestel als een krediettransactie (goederenkrediet) ter zake van de mobiele telefoon is blijkens art. 1, aanhef en onder a, sub 2e en slotlinea, Wck (oud) vereist dat de aanbieder aan de consument (kredietnemer) het genot van een mobiele telefoon verschafft en de consument aan de aanbieder een of meer betalingen doet (waarbij ten minste een van die betalingen later plaatsvindt dan drie maanden nadat een aanvang is gemaakt met het verschaffen van het genot van de telefoon). Een telefoonabonnement inclusief toestel kan aangemerkt worden als een kredietovereenkomst ter zake van de mobiele telefoon, indien sprake is van krediet in de vorm van uitstel van betaling (vgl. art. 7:57 lid 1, aanhef en onder c, BW).

3.4.2 Voor een bevestigende beantwoording van de prejudiciële vraag is dus telkens vereist dat de overeengekomen maandelijkse betalingen van de consument mede aangemerkt kunnen worden als (deel) betalingen ter zake van een koopsom voor de mobiele telefoon.

De prejudiciële vraagstelling is kennelijk ingegeven door de omstandigheid dat, volgens de letterlijke tekst van de desbetreffende overeenkomst, de telefoon om niet ter beschikking wordt gesteld en de maandelijkse betalingen slechts betrekking hebben op het gebruik door de consument van de telecommunicatiediensten van de aanbieder.

De vraag of een telefoonabonnement inclusief toestel aangemerkt kan worden als koop op afbetaling, krediettransactie of kredietovereenkomst ter zake van de mobiele telefoon, moet evenwel mede beoordeeld worden aan de hand van de strekking van de overeenkomst (of het samenstel van overeenkomsten).

(i) Wat betreft de koop op afbetaling vloeit dit voort uit art. 7A:1576 lid 3 BW, op grond waarvan alle overeenkomsten die de strekking van koop op afbetaling hebben, onder welke vorm of welke benaming ook aangegaan, worden aangemerkt als koop op afbetaling. Aldus wordt voorkomen dat de in de wettelijke regeling van koop op afbetaling beoogde bescherming van de koper wordt ontgaan doordat de overeenkomst in een bepaalde vorm wordt gegoten. Bij de vaststelling van de strekking komt het erop aan dat door de constructie die de partijen aan hun handeling hebben gegeven wordt heengekeken. (vgl. HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8457, NJ 2014/22)

(ii) Ook bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een krediettransactie is de strekking van de overeenkomst beslissend. Dat volgt uit de omschrijving van het begrip krediettransactie in art. 1, onder a, Wck (oud) (“iedere overeenkomst en ieder samenstel van overeenkomsten met de strekking dat...”), alsmede uit de memorie van toelichting bij deze bepaling:

“Centraal in de wet staat het begrip krediettransactie, dat beoogt alle relevante vormen van consumentenkrediet te omvatten. Uitgangspunt is dat een feitelijke omschrijving wordt gegeven van de verschillende elementen, waaruit een krediettransactie kan bestaan. Bij een meer formeel-juridische benadering bestaat het gevaar van ontduiking van de wet via juridische constructies die de economische werkelijkheid maskeren. (...) [W]anneer uit bepaalde omstandigheden duidelijk valt af te leiden dat de strekking een andere is dan de inhoud doet vermoeden, zal de strekking bepalend zijn voor de al of niet toepasselijkheid van de definitie, en daarmee van de overige bepalingen van de wet.” (Kamerstukken II 1986-1987, 19 785, nr. 3, p. 68-69)

(iii) De strekking van de overeenkomst is eveneens beslissend bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een kredietovereenkomst. Dit volgt uit art. 7:73 lid 2 BW waarmee wordt beoogd te voorkomen dat het dwingendrechtelijke karakter van Titel 2A van Boek 7 BW wordt omzeild door een overeenkomst die naar haar aard of doel valt onder deze titel een andere vorm te geven, waardoor deze buiten het toepassingsbereik van de titel zou kunnen komen te vallen (Kamerstukken II 2009-2010, 32 339, nr. 3, p. 28).

3.4.3 Nu het bij de hier bedoelde wettelijke regelingen gaat om bepalingen die ten doel hebben consumenten te beschermen, met name tegen overkreditering, komt bij het vaststellen van de strekking van de desbetreffende overeenkomsten bijzonder gewicht toe aan het perspectief en de belangen van de consument. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.4.2 is overwogen, kunnen de gebezigde vormgeving, benaming en formulering van de overeenkomsten – die door de aanbieder worden bepaald en niet door de consument – niet beslissend zijn, omdat anders de beoogde bescherming van de consument zou kunnen worden ontgaan.

3.5.1 Voor een consument vertegenwoordigt een nieuwe mobiele telefoon in het algemeen, zowel in absolute zin als in verhouding tot de voor het gebruik van telecommunicatiediensten maandelijks te betalen kosten, een aanzienlijke waarde (in het onderhavige geval hadden de telefoons elk een verkoopwaarde van € 475,-).

Daarom moet worden aangenomen dat een consument doorgaans tot het afsluiten van een nieuw telefoonabonnement inclusief toestel (zoals hiervoor in 3.2 omschreven) overgaat mede met het oog op het in eigendom verkrijgen van een dergelijke mobiele telefoon. In het algemeen zal hij, gelet op de waarde van de telefoon, niet (mogen) verwachten dat hij deze daadwerkelijk geheel kosteloos verkrijgt, maar ermee rekening (moeten) houden dat in de overeengekomen maandelijksse betalingen een vergoeding voor de mobiele telefoon is verwerkt.

Omgekeerd geldt ook voor de aanbieder dat de door hem gemaakte inkoopkosten voor de mobiele telefoon in het algemeen geheel of voor een (aanzienlijk) gedeelte terugverdiend zullen (moeten) worden uit de door de consument te betalen maandelijksse abonnementskosten.

3.5.2 Gelet op het voorgaande is het het meest in overeenstemming met de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid, de verwachtingen die partijen mogen hebben en de consumentenbeschermende strekking van de hiervoor bedoelde wettelijke regelingen, om tot uitgangspunt te nemen dat de overeengekomen, door de consument te betalen maandbedragen niet alleen betrekking hebben op de vergoeding voor de door deze af te nemen telecommunicatiediensten, maar mede strekken tot afbetaling van een koopprijs voor de mobiele telefoon. Dat brengt mee dat een telefoonabonnement inclusief toestel, zoals hiervoor in 3.2 omschreven, ter zake van de mobiele telefoon in beginsel is aan te merken als een koop op afbetaling, en tevens als een krediettransactie dan wel kredietovereenkomst.

3.5.3 Het ligt op de weg van de aanbieder om feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig aannemelijk te maken, waaruit volgt dat de maandelijksse betalingen van de consument ter zake van een bepaald telefoonabonnement inclusief toestel niet (mede) strekken tot vergoeding van de door de consument in eigendom te verkrijgen mobiele telefoon. Daartoe zal aannemelijk gemaakt moeten worden dat door de consument daadwerkelijk niet betaald behoeft te worden voor het verkrijgen van de mobiele telefoon.

3.5.4 Ter zake van een telefoonabonnement inclusief toestel, gesloten op of na 25 mei 2011, zal de aanbieder bovendien kunnen stellen en aannemelijk maken dat het gaat om een kredietovereenkomst (goederenkrediet) met een zogenoemd “zacht krediet” als omschreven in art. 7:58 lid 2, onder e, eerste gedeelte, BW (een krediet zonder rente en andere kosten). Blijkens de aanhef van lid 2 is in dat geval Titel 2A van Boek 7 niet van toepassing; dat laat onverlet dat de overeenkomst dan nog wel onder de regeling van koop op afbetaling valt (art. 7A:1576 e.v. BW) en dat de Wet op het financieel toezicht (Wft) van toepassing blijft (art. 1:20 Wft bevat voor dit geval geen uitzondering; vgl. Kamerstukken II 2010-2011, 32 339, nr. 3, p. 31).

Het zojuist overwogene met betrekking tot een “zacht krediet” geldt niet voor een telefoonabonnement inclusief toestel, gesloten voor 25 mei 2011. Art. 4 lid 1, aanhef en onder a, Wck (oud) bevatte weliswaar een uitzondering voor de daar omschreven kredieten met een kredietvergoedingspercentage dat niet meer bedraagt dan de wettelijke rente, maar voor die uitzondering is tevens vereist dat geen openbaar aanbod wordt gedaan tot het deelnemen aan de krediettransactie; daaraan is bij een telefoonabonnement inclusief toestel niet voldaan, nu van algemene bekendheid is dat aanbieders deze abonnementen aan het algemene publiek aanbieden. Ook in de periode tussen 11 juni 2010 (de uiterste datum waarop Richtlijn 2008/48/EG geïmplementeerd moest worden) en 25 mei 2011 (de datum waarop deze richtlijn werd geïmplementeerd door de inwerkingtreding van Titel 2A van Boek 7 BW) kan art. 4 lid 1, aanhef en onder a, Wck (oud) niet op grond van een richtlijnconforme uitleg toegepast worden als ware art. 7:58 lid 2, aanhef en onder e, BW reeds van kracht, nu die uitleg ingaat tegen de duidelijke tekst van art. 4 lid 1, aanhef en onder a, Wck (oud) en de nationale rechter niet gehouden is tot richtlijnconforme uitleg contra legem.

3.6 In voorkomend geval zal de consument een overeenkomst die aangemerkt kan worden als een telefoonabonnement inclusief toestel (zoals hiervoor in 3.2 omschreven), kunnen vernietigen wegens strijd met de in verband met koop op afbetaling, krediettransactie dan wel kredietovereenkomst geldende wettelijke bepalingen. Opmerking verdient dat de overeenkomst in zodanig geval, indien aan de voorwaarden van art. 3:41 BW is voldaan (vgl. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, rov. 3.7.3), in stand kan blijven voor zover deze betrekking heeft op de door de consument te benutten telecommunicatiediensten van de aanbieder. Dat laatste geldt ook voor zover een telefoonabonnement inclusief toestel ingevolge art. 7A:1576 lid 2 BW niet van kracht is geworden omdat de door de consument te betalen koopprijs voor de mobiele telefoon niet in de overeenkomst is bepaald; deze wetsbepaling ziet immers niet op het gedeelte van de overeenkomst dat betrekking heeft op het verlenen van telecommunicatiediensten.

3.7 Van de kant van [eiseres] is nog aangevoerd dat toepasselijkheid van (met name) de wettelijke regelingen inzake krediettransactie dan wel kredietovereenkomst, en daarmee ook van de Wft, ingrijpende en kostbare gevolgen heeft voor aanbieders van telefoonabonnementen. Dit betoog kan niet tot een ander oordeel leiden. Het gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten om op grond van die gestelde gevolgen generieke uitzonderingen op deze wettelijke regelingen te aanvaarden, zodanig dat de hiervoor in 3.2 bedoelde telefoonabonnementen niet (volledig) onder deze regelingen zouden vallen voor zover het de verkrijging van de mobiele telefoon betreft. Voor zover de minister niet bij algemene maatregel van bestuur afwijkt van bepaalde regels van de Wft of nadere regels stelt (zie bijv. art. 4:32-34 Wft), is het aan de (Europese dan wel Nederlandse) wetgever om te beoordelen of moet worden voorzien in generieke uitzonderingen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- beantwoordt de prejudiciële vraag aldus dat een telefoonabonnement inclusief toestel zoals hiervoor in 3.2 omschreven, ter zake van de verkrijging van de mobiele telefoon in beginsel dient te worden aangemerkt als

a. een koop en verkoop op afbetaling als bedoeld in art. 7A:1576 lid 1 BW;

b. een krediettransactie als bedoeld in art. 1, aanhef en onder a, sub 2e, Wck (oud) indien de overeenkomst is gesloten voor 25 mei 2011;

c. een kredietovereenkomst als bedoeld in art. 7:57 lid 1, aanhef en onder c, BW indien de overeenkomst is gesloten op of na 25 mei 2011, tenzij sprake is van een krediet zonder rente en kosten als bedoeld in art. 7:58 lid 2, onder e, BW,

een en ander tenzij de aanbieder stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat de door de consument verschuldigde abonnementskosten niet (mede) strekken tot afbetaling van de telefoon (...).’

Noot

In deze annotatie verken ik een aantal aspecten van de uitspraak.³ Allereerst ga ik in op de wettelijke kwalificatie van het contracttype ‘telefoonabonnement met “gratis” toestel’. Daarbij behandel ik in algemene zin het kwalificatievraagstuk en kijk ik naar het werkingsbereik van de regels inzake de koop op afbetaling en het consumentenkrediet, waarbij ook aandacht wordt besteed aan de wijze waarop de Hoge Raad de zogeheten ‘strekingsbepalingen’ toepast (par. 1). Vervolgens inventariseer ik wat de mogelijke rechtsgevolgen van de gekozen kwalificatie zijn (par. 2), om met een conclusie (par. 3) af te sluiten.⁴

1 Kwalificatievragen

1.1 Algemeen

De juridische kwalificatie van een telefoonabonnement met ‘gratis’ toestel is niet eenvoudig. Het lijkt me evident dat sprake is van een wederkerige overeenkomst in de zin van artikel 6:261 BW tussen (hier) een consument en een aanbieder, maar of de overeenkomst voldoet aan de omschrijving van een bijzondere overeenkomst die is geregeld in Boek 7 BW of elders, is minder eenvoudig te bepalen. Mochten meerdere kwalificaties mogelijk zijn, dan geldt in elk geval – zie artikel 6:215 BW – als hoofdregel dat de verschillende regels gecumuleerd toegepast mogen worden of dat belanghebbenden mogen kiezen welke regel zij willen invoeren (alternativiteit) tenzij bijvoorbeeld vanwege het dwingende karakter de ene regel voorrang boven de andere heeft.⁵

Het abonnementsdeel van de overeenkomst betreft onstoffelijke dienstverlening tegen betaling van periodieke bedragen gedurende de looptijd van de overeenkomst met verrekening van verbruikte belminuten, datagebruik et cetera. Voor wat betreft de dienstverlening is er niet echt een benoemd contract dat goed past op de omschrijving; wellicht komen opdracht (art. 7:400 BW) en dienstverlening (art. 6:230a BW) in de buurt, maar vooral de consumentenrechtelijke regels in en krachtens de Telecommunicatiewet (Tw) bepalen (dwingendrechtelijk) de inhoud van deze dienstverlening.⁶

Wat betreft het toestel, is kwalificatie als koop (art. 7:1 BW) een voor de hand liggende gedachte.⁷ De consument

verkrijgt bij aflevering de eigendom van het toestel tenzij deze voorbehouden wordt tot het einde van de abonnementsperiode.⁸ In elk geval is het contract erop gericht dat – afgezien van de vraag wanneer eigendom overgaat – de consument het toestel aan het einde van de afgesproken abonnementsperiode zonder nadere voorwaarden mag behouden, gesteld dat dan alle openstaande termijnbedragen zijn betaald. Er is dus geen sprake van (enkele) bruikleen, huur of iets dergelijks. Problematisch aan de kwalificatie als koopovereenkomst is nog wel dat geen koopprijs is vastgesteld – sterker nog: partijen noemen het geen koop en er is letterlijk géén koopprijs als het toestel ‘€ 0’ kost of ‘gratis’ is. In dat geval is strikt genomen geen sprake van een koop in de zin van artikel 7:1 BW.⁹ Bij wijze van wederprestatie voor de verplichting van de aanbieder om het toestel te leveren en de telecommunicatiediensten te verrichten, betaalt de consument periodieke abonnementskosten gedurende de looptijd van het contract. Dat deze kosten niet uitsluitend toegerekend kunnen worden aan de telecommunicatiediensten volgt in elk geval uit het feit dat de aanbieder het toestel ‘koppelt’ aan het abonnement en de aanbieder het toestel dus terugverdienen wil via de abonnementsgelden. Naar de letterlijke tekst en vorm van de overeenkomst is dus geen koopprijs verschuldigd, maar aanbieders geven de toestellen niet weg als los cadeau bij wijze van schenking en de *strekking* van de overeenkomst is wel degelijk dat de abonnementsgelden een *quid pro quo* zijn voor de beide prestaties van de aanbieder. Zou immers bij de aanbieder wel een verrijkingsoogmerk in de zin van artikel 7:175 BW vooropstaan, dan zou hij de consument bijvoorbeeld toestaan om het toestel te behouden wanneer het op afstand gesloten abonnement binnen de wettelijke bedenktijd ontbonden zou worden en zou hij het toestel bij aflevering simlock-vrij afleveren. Bij mijn weten geschiedt noch het een, noch het ander. Dus moet de aflevering van het toestel wel in wederkerig verband staan met de verschuldigde abonnementsgelden, en wanneer men er zo tegenaan kijkt, is het periodiek betalen van abonnementsgelden gedurende de looptijd van de overeenkomst in essentie (mede) een wijze van gespreide betaling voor het toestel.¹⁰ Die spreiding komt dicht in de buurt van koop op afbetaling (art. 7A:1576 BW) en van wat men vroeger wel ‘goederenkrediet’ noemde: een uitstel van betaling en terugbetaling in termijnen als vorm van kredietovereenkomst (art. 7:57 lid 1 aanhef en onder c BW).¹¹

3 Zie over het arrest ook de annotaties van De Moor en Loos in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2014/5.

4 Veel interessants komt hierna dus niet aan de orde, zoals de vraag naar richtlijnconforme interpretatie en of de Hoge Raad toch niet beter een prejudiciële vraag had kunnen stellen aan het HvJ EU.

5 Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3, p. 20, waar uitdrukkelijk wordt gewezen op de cumulatieve werking van art. 6:215 BW bij samenloop van huurkoop en krediet. Zie ook Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1432.

6 Zie vooral hoofdstuk 7 Tw, waarin o.m. informatieverplichtingen, regels omtrent wijziging van

voorwaarden, tarieflijsten, beëindigingsgronden e.d. zijn neergelegd ter bescherming van de eindgebruiker. Daarover N.A.N.M. van Eijk, ‘De consument in het telecommunicatierecht: een update’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2014, p. 77 e.v.

7 Vgl. voor een overzicht van de dubbele kwalificatie van verschillende overeenkomsten als zijnde zowel koop en krediet bij D. Rosenthal, *Consumer Credit Law and Practice: A Guide*, Haywards Heath: Bloomsbury 2013, p. 6 e.v.

8 Niet ongebruikelijk is dat SIM-kaarten eigendom van de aanbieder blijven.

9 Als er wél een prijs wordt betaald voor het toestel, ook als dat onder kostprijs is, kan het abonne-

ment wel (mede) als koopovereenkomst worden gekwalificeerd.

10 Vgl. het rapport *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht* van de werkgroep van het Landelijk overleg van sectorvoorzitters civiel en kanton (februari 2010), p. 16: ‘De waarde van dat (...) toestel zit in de abonnementsprijs verdisconteerd’.

11 Over de reikwijdte van het begrip ‘kredietovereenkomst’ in Titel 7.2A BW zie men bijv. J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Mon. BW B67), Deventer: Kluwer 2013, p. 12 e.v.; J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2012, p. 142 e.v.

Om die kwalificaties sluitend te maken, moet men de *strekking* van de overeenkomst duiden. Daarbij kijkt men niet alleen naar de bewoordingen en de door partijen gekozen vorm en bewoordingen van de overeenkomst, maar ook naar de substantie: het naar objectieve maatstaven te duiden doel en de voor partijen kenbare feitelijke gevolgen. Dat is met name van belang bij dwingendrechtelijke voorschriften, zoals die ter zake van koop op afbetaling en consumentenkrediet,¹² die men eenvoudig zou kunnen ontlopen als men uitsluitend naar de vorm en bewoordingen van de overeenkomst kijkt en niet naar de substantie. Het is daarom dat men in de wet op tal van plaatsen zogeheten ‘strekkingbepalingen’ tegenkomt bij dwingendrechtelijk contractenrecht, om te voorkomen dat bij de kwalificatie van de overeenkomst vooral naar de door partijen gekozen vorm en bewoordingen (het ‘etiket’) wordt gekeken en niet naar het wezen van de overeenkomst.¹³ De strekkingbepalingen artikel 7A:1576 lid 3 BW, artikel 1 aanhef Wck en artikel 7:73 lid 2 BW bieden een goed voorbeeld.¹⁴ Titel 7.1 BW kent geen ‘strekkingbepaling’ die bepaalt dat alles wat feitelijk en economisch strekt tot uitwisseling van prijs en eigendom een koopovereenkomst is. Ik denk dat men de abonnementsvorm niettemin mede als (consumenten)koop dient te kwalificeren, in elk geval voor zover het de dwingendrechtelijke bescherming van de consument-koper betreft. Als dat juist is, moet eigenlijk ook worden geconcludeerd dat dwingendrechtelijk contractenrecht toch ook een ‘strekkingbepaling’ hanteert, ook als die niet letterlijk in de wet staat.

1.2 Vier overwegingen bij toepassing van ‘strekkingbepalingen’

De Hoge Raad inventariseert in r.o. 3.4.2 de ‘strekkingbepalingen’ van artikel 7A:1576 lid 3 BW, artikel 1 Wck en artikel 7:73 lid 2 BW en overweegt dan in r.o. 3.4.3 dat de regels inzake koop op afbetaling en consumentenkrediet de bescherming van consumenten ten doel hebben en dat daarom bij het vaststellen van de strekking van gesloten overeenkomsten bijzonder gewicht toekomt aan het perspectief en het belang van de consument. De vormgeving, benaming en formulering van de overeenkomsten zijn niet beslissend, omdat die juist zijn vastgesteld door de aanbieder en niet door de beschermeling.

Vervolgens geeft de Hoge Raad in r.o. 3.5.1 vier overwegingen die tot de conclusie leiden dat de overeenkomst wat betreft de verkrijging van de mobiele telefoon in beginsel moet worden aangemerkt als koop op afbetaling en consumentenkrediet:

- 1 De eerste overweging is dat voor de consument een nieuwe mobiele telefoon in het algemeen zowel in absolute zin als in verhouding tot de periodieke abonnementskosten een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt.
- 2 Daarom, en dat is de tweede overweging, moet worden aangenomen dat de beweegredenen van de consument om over te gaan tot het sluiten van het abonnement, mede gelegen is in de wens om de eigendom van het toestel te verkrijgen.
- 3 In de derde plaats zal, althans mag, de consument niet verwachten dat hij het toestel geheel kosteloos verkrijgt, gezien de waarde daarvan. Hij zal er rekening mee houden, althans moet er rekening mee houden, dat in de periodieke abonnementsgelden ook een vergoeding voor de verkrijging van het toestel is verwerkt.
- 4 De aanbieder zal de gemaakte inkoopkosten geheel of gedeeltelijk willen terugverdienen uit de abonnementsgelden.

Deze vier overwegingen brengen met zich, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5.2, dat het in overeenstemming is met de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid, de verwachtingen die partijen mogen hebben en de consumentenrechtelijke strekking van de hier relevante wetsbepalingen, om als uitgangspunt te nemen dat de periodieke abonnementsgelden niet alleen een vergoeding zijn voor de telecommunicatiediensten maar ook strekken tot afbetaling van de koopprijs voor het toestel.

Ik maak hier één aantekening bij de vier overwegingen. In de context van de toepassing van de ‘strekkingbepalingen’ is het begrijpelijk dat de Hoge Raad (in mijn woorden) overweegt dat ‘de’ consument eigenlijk niet verwacht dat het toestel echt gratis is en dat het hem er juist (mede) om te doen is een object van waarde te verkrijgen door gespreide betaling. In termen van het handelspraktijkenrecht (in de zin van art. 6:193a BW e.v.) schuilt daarin echter juist een probleem. Het ‘gratis’ weggeven van producten bij het aangaan van een duurovereenkomst is een manier om klanten te lokken, juist als het ‘gratis’ product een zekere waarde vertegenwoordigt. Daarmee is het ook een manier om de prijs te versluieren van het ‘gratis’ onderdeel of juist van andere prestaties uit het contract en kan het er ook toe dienen om het de consument moeilijker te maken om prijzen van verschillende aanbieders te vergelijken.¹⁵ Om die reden werden er in het verleden aanzienlijke beperkingen aan dergelijke ‘gratis’ cadeaus gesteld.¹⁶ Sinds de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken 2005/29/EG in artikel 6:193a BW e.v. is het adverteren van een product als ‘gratis’ terwijl het dat in werkelijkheid niet is, een

12 Zie voor het dwingendrechtelijke karakter van de regels inzake koop op afbetaling art. 7A:1576a BW, en voor consumentenkrediet art. 7:73 lid 1 BW. In de Wck werd het dwingendrechtelijke karakter uitgedrukt in art. 27 lid 2, art. 29 lid 3, art. 33, art. 42 lid 5 en art. 48 lid 3.

13 Over de techniek van strekkingbepalingen zie men bijv. B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2006, p. 15; B. Wessels, *GS Bijzondere overeenkomsten* (regeling Boek 7 BW, aant. 8), Deventer: Kluwer (losbl. en online).

14 Uit het ontbreken van een strekkingbepaling mag men n.m.m. overigens niet *a contrario* afleiden dat men de desbetreffende dwingendrechtelijke bepalingen ontlopen mag door een andere contractsvorm te kiezen.

15 Over prijsversluiting bijv. W.H. van Boom, ‘Price Intransparency, Consumer Decision Making and

European Consumer Law’, *Journal of Consumer Policy* 2011, p. 359 e.v.

16 Zie Wet Beperking Cadeaustelsel 1977, ingetrokken bij Wet van 17 april 1997, *Stb.* 1997, 187; *Kamerstukken II 1974/75*, 13358, 1-3, p. 19. Kort over de Wet Beperking Cadeaustelsel 1977 zie men A. Mulder e.a., *Schets van het (sociaal-)economisch recht in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 145 e.v.

oneerlijke handelspraktijk. Immers, de ‘zwarte lijst’ van artikel 6:193g BW (zie m.n. aanhef en onder t) bepaalt dat onder alle omstandigheden misleidend is de praktijk waarbij men een product als gratis, voor niets of kosteloos omschrijft als de consument iets anders moet betalen dan de onvermijdelijke kosten om in te gaan op het aanbod en het product af te halen dan wel dit te laten bezorgen. Men zou wellicht kunnen stellen dat, nu de Hoge Raad heeft beslist dat een ‘gratis’ telefoon niet gratis is wanneer de prijs in het abonnementsgeld versleuteld is, telecomaانبieders in strijd met artikel 6:193g aanhef en onder t BW handelen wanneer zij adverteren met uitdrukkingen als ‘€ 0’ of ‘gratis’.¹⁷ De consument moet juist wél iets anders betalen, namelijk dat deel van de abonnementsgelden dat toegerekend kan worden aan de gespreide afbetaling van het toestel. En dat is op het eerste gezicht een misleidende handelspraktijk. Dat lijkt echter spanning op te leveren met de overweging van de Hoge Raad in deze prejudiciële beslissing waarin hij lijkt te zeggen dat de gemiddelde consument eigenlijk niet verwacht dat het toestel echt gratis is. Als hij dat niet verwacht, en het betreft dezelfde gemiddelde consument als die welke beschermd wordt door artikel 6:193g aanhef en onder t BW, dan is minst genomen sprake van spanning tussen die twee uitgangspunten. Het zal juridisch ongetwijfeld wel houdbaar zijn, maar het bewijst in elk geval dat de maatman ‘gemiddelde consument’ een vat vol tegenstrijdigheden is.¹⁸

1.3 Twee uitzonderingen

De Hoge Raad oordeelt dat een telefoonabonnement inclusief toestel wat betreft de verkrijging van het toestel in beginsel als koop en verkoop op afbetaling als bedoeld in artikel 7A:1576 BW aangemerkt moet worden, nu de strekking van de overeenkomst – onder welke vorm of benaming dan ook aangegaan, en door de juridische constructie heen kijkend – is dat het toestel afbetaald wordt in twee of meer termijnen na aflevering. Zodoende strekt de overeenkomst er mede toe om betalingsuitstel te geven en kunnen de periodieke betalingen mede aangemerkt worden als deelbetaling ter zake van de koopsom voor het toestel.

Dezelfde conclusie geldt voor de regels van consumentenkrediettransactie en overeenkomst van consumentenkrediet: zowel de tekst als de totstandkomingsgeschiedenis van de strekkingsbepalingen artikel 1 Wck en artikel 7:73 lid 2 BW wijzen erop dat een objectieve en feitelijke beschrijving van wat het contract doet voorrang heeft bo-

ven een ‘formeel-juridische benadering’ die de economische werkelijkheid maskeert en die het dwingendrechtelijke karakter van de beschermingsregels omzeilt.

Daarmee zijn de regels inzake koop op afbetaling en consumentenkrediet van toepassing. Er zijn echter twee uitzonderingen, aldus de Hoge Raad, namelijk indien de aanbieder aannemelijk kan maken dat de abonnementsgelden niet mede strekken tot vergoeding van de eigendomsverkrijging van het toestel (zie r.o. 3.5.3) of indien de aanbieder, bij overeenkomsten vanaf 25 mei 2011, aannemelijk kan maken dat sprake is van zogeheten ‘zacht krediet’ (zie r.o. 3.5.4).

Om met die tweede uitzondering te beginnen, in Titel 7.2A is bepaald dat kredietovereenkomsten zonder rente en andere kosten, en kredietovereenkomsten waarbij het krediet binnen een termijn van drie maanden moet worden terugbetaald en slechts onbetekenende kosten in rekening worden gebracht, niet onder de definitie van ‘kredietovereenkomst’ vallen en dus ook niet onder de werking van Titel 7.2A.¹⁹ Dit noemt men wel ‘zacht krediet’.²⁰ Zou sprake zijn van ‘zacht krediet’, dan is onder het huidige regime dus geen sprake van toepasselijkheid van Titel 7.2A, maar de artikelen 7A:1576 e.v. BW blijven wel van toepassing.²¹ Bij abonnementen met toestel zou sprake kunnen zijn van ‘zacht krediet’ wanneer voor het lenen en afbetalen van het krediet voor de aankoop van het toestel geen rente en kosten in rekening gebracht worden. De aanbieder zou een beroep kunnen doen op die uitzondering, maar om dat te kunnen beargumenteren is wel inzicht nodig in de kostentoe rekening binnen de abonnementskosten. Het is aan de aanbieder om dat inzicht te bieden, bij gebreke waarvan Titel 7.2A gewoon toepassing vindt.²² Het lijkt mij niet erg waarschijnlijk dat aanbieders dat inzicht zullen willen bieden, nu het ongetwijfeld concurrentiegevoelige gegevens betreft.

Datzelfde lijkt mij te gelden voor de algemene uitzondering, inhoudende dat de aanbieder aannemelijk kan maken dat de abonnementsgelden niet mede strekken tot vergoeding van de eigendomsverkrijging van het toestel en dat de consument daadwerkelijk niet hoeft te betalen voor het verkrijgen van het toestel. Wil men zich hierop beroepen dan moet men, zo lijkt mij, bedrijfsgevoelige gegevens overleggen over inkoopprijs van het toestel, kostenopbouw en winstmarges van zijn telecommunicatiediensten, en moet men bovendien aantonen dat er juridisch geen band is tussen de verkrijging en de abonnementsgelden. Dat laatste betekent dat de aanbieder moet laten zien dat men de ‘gratis’ telefoon *om niet* mag houden ongeacht duur, afwikkeling en lotgevallen van het abonnement.

17 En, misschien wel belangrijker, dus ook in strijd met art. 8.8 Wet handhaving consumentenrechten (Whc), dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) o.m. het recht geeft om de betreffende handelaar te beboeten (art. 2.9 jo. 2.15 Whc).

18 Zie, met verdere verwijzingen, W. van Boom e.a., ‘Introduction’, in: W. van Boom e.a. (red.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate Publishing 2014, p. 5 e.v.

19 Zie art. 7:58 lid 2, aanhef en onder e BW.

Overigens vallen kredieten tot € 40.000 met een looptijd korter dan drie maanden (flitskredieten) wel onder de Wck; zie art. 2 jo. 34-36 Wck en vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3 (MvT), p. 4.

20 Onder de Wck (oud) gold een iets andere uitzonderingsbepaling voor ‘zacht krediet’, namelijk krediet dat niet openbaar werd aangeboden en waar geen of slechts kostendekkende rente voor werd gerekend (art. 4 lid 1 aanhef en sub a Wck oud).

21 Ingeval van ‘zacht krediet’ in de zin van art. 7:58 lid 2, aanhef en onder e BW is soms ook sprake

van niet-toepasselijkheid van de Wft. Op grond van art. 1:20 lid 1, aanhef en onder e Wft is de Wft niet van toepassing op het aanbieden van kortlopend krediet tegen ‘onbetekenende kosten’. Is sprake van krediet zonder rente en kosten dat niet kortlopend van duur is, dan is de Wft wél van toepassing. Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3, p. 30-31; J.W.A. Biemans, ‘De consumentenkredietovereenkomst in titel 7.2A BW. Over losse eindjes en rafelige randen’, *NTBR* 2012, p. 341.

22 Vgl. Concl. A-G Wissink, nr. 4.46.

2 Rechtsgevolgen

2.1 Koop op afbetaling

Wat zijn de rechtsgevolgen van de kwalificatie van de aflevering van het toestel tegen betaling in termijnen als koop en verkoop op afbetaling in de zin van artikel 7A:1576 BW? Ik zie ten minste twee rechtsgevolgen die hier relevant zijn. In de eerste plaats bepaalt artikel 7A:1576 lid 2 BW dat de overeenkomst niet van kracht is voordat partijen de door de koper te betalen prijs hebben bepaald. De beschermingsgedachte die achter deze bepaling schuilgaat is dat de koper duidelijkheid dient te hebben over de koopprijs, bijvoorbeeld om te bepalen hoe de termijnbedragen samengesteld zijn. Laat de aanbieder in het midden wat de koopprijs is van het toestel, dan is de overeenkomst in zoverre niet bindend. Ik denk dat dit rechtsgevolg aanbieders ertoe dwingt om expliciet de koopsom van het toestel in de overeenkomst neer te leggen. In de tweede plaats is van belang dat artikel 1:88 BW van toepassing is op de koop op afbetaling. De echtgenoot van de koper heeft drie jaar lang de tijd om de koop op afbetaling te vernietigen indien deze geen toestemming had gegeven voor de koop op afbetaling.²³ Dat is een ingrijpend rechtsgevolg, waar vermoedelijk geen enkele aanbieder tot op heden een voorziening voor heeft getroffen.

2.2 Kredietovereenkomst

Wat betreft de gevolgen van de kwalificatie als kredietovereenkomst in de zin van Titel 7.2A geldt het volgende. Ik merk allereerst op dat de regeling van de overeenkomst van consumentenkrediet ingewikkeld is vormgegeven. Was tot 25 mei 2011 de regeling vooral te vinden in de Wet op het consumentenkrediet (Wck) en daarbij horende uitvoeringsbesluiten, sinds die datum vindt men delen van de regeling van de kredietovereenkomst in Titel 7.2A (gebaseerd op de Richtlijn Consumentenkrediet 2008/48/

EG), maar ook in de Wet financieel toezicht (Wft) en in uitvoeringsregels zoals het Besluit gedragsregels financiële ondernemingen Wft (BGfW Wft), en deels nog in de 'uitgeklede' Wet op het Consumentenkrediet en de daaronder ressorterende uitvoeringsbesluiten zoals het Besluit Kredietvergoeding.²⁴ Het is dus een zoekplaatje.

Dat gezegd zijnde, denk ik dat (onder meer) de volgende rechtsgevolgen verbonden kunnen worden aan de kwalificatie van kredietovereenkomst in de zin van Titel 7.2A:²⁵

- De kredietovereenkomst moet op papier of andere duurzame drager gesteld worden en de consument moet een exemplaar daarvan krijgen.²⁶ Het vereiste van geschrift of duurzame drager is een vormvereiste als bedoeld in artikel 3:39 BW zodat afwezigheid daarvan tot nietigheid leidt.²⁷
- De aanbieder moet allerlei (precontractuele) informatie verschaffen aan de consument, vaak in gestandaardiseerde vorm.²⁸ Doet hij dat niet, dan begaat hij een oneerlijke handelspraktijk die tot schadevergoeding verplicht en sinds 13 juni 2014 via artikel 7:60 lid 3 BW jo. 6:193j lid 3 BW ook aanleiding kan geven tot vernietiging van de overeenkomst.²⁹
- De overeenkomst moet de *contante prijs* van het telefoontoestel vermelden.³⁰ Ontbreekt die vermelding dan is de overeenkomst – als we de Memorie van Toelichting mogen geloven – vernietigbaar op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.³¹
- De kredietnemer kan binnen veertien kalenderdagen na (veelal) de contractsluiting het contract zonder opgaaf van redenen ontbinden.³²
- De aanbieder mag voor het krediet niet meer rente in rekening brengen dan het wettelijk maximum.³³
- Ontbinding van een kredietovereenkomst wegens wanprestatie van de consument kan niet buitengerechtelijk geschieden maar moet door tussenkomst van de rechter gebeuren.³⁴ Vervroegde opeising bij betalingsachter-

²³ Zie art. 1:88 jo. 1:89 jo. 3:52 BW. Vgl. Biemans 2013, p. 38; Van Poelgeest 2012, p. 160.

²⁴ Op termijn moet de Wck verdwijnen en in Boek 7 BW opgenomen worden; zie Biemans 2012, p. 335-336; J. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht Deel V – Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 123. Overigens is het nieuwe consumentenkredietregime van Titel 7.2A een wet ter implementatie van Richtlijn 2008/48/EG. Die Richtlijn had op 12 mei 2010 geïmplementeerd moeten zijn, en lidstaat Nederland was dus te laat. Dat punt geeft de Hoge Raad aanleiding om te bezien of richtlijnconforme interpretatie van het oude regime nodig en mogelijk is. In r.o. 3.5.4 oordeelt de Hoge Raad dat die interpretatie niet gevegd kan worden van de rechter, nu dat een *contra legem* interpretatie zou opleveren. Ik laat dit punt verder rusten.

²⁵ Voor wat betreft de oude situatie: art. 30 Wck bepaalde dat de krediettransactie ten minste bij onderhandse partijakte aangegaan werd, dat de kredietnemer een ondertekend afschrift van de akte kreeg, een en ander op straffe van vernietigbaarheid. Bovendien bepaalde het artikel dat de akte onder meer moest bevatten: bij goederenkrediet een vermelding van de contantprijs van de

zaken, het totaalbedrag aan kredietvergoeding, het effectieve kredietvergoedingspercentage op jaarbasis in wettelijk vastgelegde presentatievorm. De sanctie op schending van deze verplichtingen was niet geregeld in de Wck en uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wck kan worden afgeleid dat de wetgever er geen civielrechtelijke gevolgen aan wenste te verbinden. Zie *Kamerstukken II* 1986-1987, 19785, 3 (MvT), p. 85, aangehaald in Concl. A-G Wissink, nr. 3.12.3.

²⁶ Art. 7:61 lid 1 BW.

²⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, nr. 3 (MvT), p. 18.

²⁸ Art. 7:60 en 7:61 BW.

²⁹ Voor schadevergoeding zie men art. 7:60 lid 3 BW jo. 6:193b BW en voor vernietiging art. 7:60 lid 3 BW jo. art. 6:193j lid 3 BW, zoals dat luidt per 13 juni 2014 (Implementatiewet Richtlijn Consumentenrechten, *Stb.* 2014, 140). Bovendien geeft het niet-verstrekken van de betreffende informatie ook aanleiding tot vernietigbaarheid van de gehele overeenkomst via de route van art. 3:40 lid 2 BW, aldus de Memorie van Toelichting. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3 (MvT), p. 20. Vgl. Biemans 2013, p. 48.

³⁰ Art. 7:61 lid 2, aanhef en sub e, BW. Het begrip contante prijs is niet gedefinieerd, maar in de context van telefoonabonnementen moet naar

mijn mening hier worden gedacht aan de objectieve winkelwaarde en niet aan de prijs die de aanbieder eraan hecht. Anders zou er namelijk '€ 0' op de overeenkomst komen te staan, en dan zijn we weer terug bij af.

³¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3 (MvT), p. 20.

³² Zie art. 7:66 BW. Een soortgelijke regeling geldt op grond van art. 6:230x BW bij koop op afstand of buiten verkooppriimte, maar gezien art. 6:230x lid 4 aanhef en onder d BW, heeft art. 7:66 BW voorrang.

³³ Zie art. 35-36 Wck, uitgewerkt in art. 4 e.v. Besluit Kredietvergoeding. Daarover Van Poelgeest 2012, p. 208 e.v.

³⁴ Zie art. 44 Wck. De ratio hiervan is dat het onwenselijk werd geacht dat in geval van buitengerechtelijke ontbinding door de kredietgever ingeval van tekortschieten van de consument, de geleende som direct opeisbaar zou worden bij wijze van ongedaanmakingsverbintenis. Zie *Kamerstukken* 1986/87, 19785, 3, p. 93; Biemans 2013, p. 70. Overigens is art. 44 Wck ongeclausuleerd geformuleerd en lijkt zij op het eerste gezicht dus ook te zien op de ontbindingsbevoegdheid van de kredietnemer, maar dat zal wel niet bedoeld zijn. Ontbinding ex art. 7:66 BW kan in elk geval buitengerechtelijk plaatsvinden, aldus lid 2.

stand van de consument kan alleen als de regeling daarvan in de algemene voorwaarden strikt voldoet aan de eisen van artikel 33 sub c Wck.

- Artikel 7:68 BW geeft de consument de bevoegdheid om, onder nadere voorwaarden, eerder af te betalen dan afgesproken.

Overigens lijkt de kwalificatie van het abonnement als 'krediet' ook nog andere gevolgen te hebben. Als sprake is van krediet, dan is waarschijnlijk ook sprake van 'krediet' in de zin van de Wft.³⁵ De Wft bepaalt onder meer dat het aanbieden van krediet (in beginsel) alleen is toegestaan met vergunning van toezichthouder AFM,³⁶ dat aanbieders moeten deelnemen aan een kredietregistratiesysteem (in de regel is dat het BKR Tiel),³⁷ dat aanbieders zich moeten verdiepen in de voorkeuren en leencapaciteit van de consument om overkreditering te voorkomen,³⁸ dat zij in gestandaardiseerde vorm informatie moeten aanbieden over het krediet,³⁹ en dat zij verplicht zijn om regels na te leven inzake administreren, verschaffing van saldo-overzichten en dergelijke.⁴⁰

2.3 Partiele nietigheid en 'opsplitsing' of volledige ongedaanmaking?

In r.o. 3.6 lijkt de Hoge Raad erop aan te sturen dat eventuele nietigheid of vernietiging van de overeenkomst zoveel mogelijk beperkt moeten blijven tot het gedeelte van de overeenkomst dat ziet op de aflevering van de telefoon en de daartegenover staande abonnementsgelden. Als het even kan, zou de overeenkomst op grond van artikel 3:41 BW (partiele nietigheid) wat betreft de telecommunicatiedienstverlening in stand blijven, zo interpreteer ik de overwegingen van de Hoge Raad op dit punt. De maatstaf van artikel 3:41 BW is dat als de nietigheid slechts ziet op een deel van de rechtshandeling en het resterende gedeelte van de rechtshandeling kan voortbestaan op zodanige wijze dat een voor beide partijen zinvolle overeenkomst resteert, dan het nietige deel geïsoleerd kan blijven en de overige delen niet 'meeneemt in zijn val'.

Overigens zal men in voorkomende gevallen het achterliggende idee van artikel 3:41 BW ook moeten toepassen bij andere gevallen dan nietigheid en vernietigbaarheid. De kwalificatie van de overeenkomst als zijnde mede een kredietovereenkomst voor wat betreft de aflevering van het toestel noopt in andere gevallen namelijk ook tot opsplitsing van de abonnementsprijs in het aflossingsdeel en het telecommunicatiedienstverleningsdeel. Denk

bijvoorbeeld aan het recht om voortijdig het krediet af te lossen (art. 7:68 BW). Als de consument daar een beroep op doet, moet de aanbieder ook kunnen aangeven wat de totale kredietkosten zijn en welke verlaging van de abonnementsgelden met de voortijdige aflossing gepaard gaat.

De vraag is evenwel hoe we ons deze opsplitsing praktisch moeten voorstellen. Opsplitsing veronderstelt dat de aanbieder openheid van zaken geeft over de toerekening van de abonnementsgelden. In dat verband kan hij bijvoorbeeld niet blijven stellen dat de contante prijs van het toestel die hij in rekening heeft gebracht, '€ 0' is.⁴¹ Als de aanbieder niet kan aantonen dat de abonnementsgelden niet ook vergoeding voor het toestel omvatten, dan is de aanduiding 'gratis' of '€ 0' onjuist en zal een contante prijs als bedoeld in artikel 7:61 lid 2 aanhef en onder e BW op objectieve wijze vastgesteld moeten worden. Anders kan men niet op objectieve wijze vaststellen wat het kredietbedrag is. Daarom lijkt het mij logisch dat de objectieve winkelwaarde van het toestel (zonder abonnement, in simlockvrije toestand) als contante prijs heeft te gelden.⁴²

Nog even afgezien van de vraag hoe opsplitsing praktisch uitwerkt, is het voor mij overigens nog wel de vraag of partiële nietigheid werkelijk altijd zo voor de hand ligt. Een consument die om hem moverende redenen de nietigheid inroept wegens het ontbreken van een geschrift of de vernietiging inroept wegens nalatigheid om de wettelijk verplichte informatie te geven, zou volgens de idee van artikel 3:41 BW zijn toestel moeten teruggeven en reductie krijgen van de abonnementsgelden in evenredigheid met het aan het toestel toegerekende bedrag (een en ander met toepassing van de regels van onverschuldigde betaling, art. 6:203 e.v. BW). De overeenkomst zou op grond van artikel 3:41 BW voor wat betreft de telecommunicatiediensten blijven voortbestaan, maar wat heeft de consument aan (betaling voor) 4 GB aan dataverkeer per maand als hij niet langer het toestel heeft?

3 Ten slotte

Is een telefoonabonnement met 'gratis' toestel een overeenkomst van consumentenkrediet? Het antwoord op die prejudiciële vraag luidt in beginsel bevestigend, aldus de Hoge Raad. Dat oordeel lijkt mij naar geldend recht juist. Bepaald sterk vind ik de vier overwegingen waarmee de Hoge Raad de strekking van de overeenkomst centraal stelt, boven de vorm van de overeenkomst. Tegelijk toont

35 Art. 1:1 Wft definieert 'krediet' onder meer als 'het aan een consument verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak (...) ter zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten (...)'. In art. 1 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft) wordt gesproken van 'consumptief krediet'.

36 Art. 2:60 Wft.

37 Art. 4:32 Wft, nader uitgewerkt in art. 114 BGfo Wft. Bij kredietbedragen tot € 250 is raadpleging van de kredietregistratie niet vereist. Zie voor

meer informatie over het BKR de website www.bkr.nl.

38 Art. 4:34 Wft, nader uitgewerkt in art. 113 en 115 BGfo Wft.

39 Art. 4:33 en 4:34 Wft, nader uitgewerkt in art. 111 e.v. BGfo Wft en Bijlage D bij BGfo Wft. Deze informatie moet worden bewaard, aldus art. 33 BGfo Wft. Voor kredietbedragen tot € 1000 is de documentatieplicht ter zake van overkreditering in art. 113 lid 1 BGfo Wft uitgesloten, maar de zorgplicht van art. 115 BGfo Wft blijft onverkort van kracht.

40 Bijv. art. 68 BGfo Wft.

41 Tenzij hij de 'zacht krediet exceptie' als bedoeld in r.o. 3.5.4 echt aannemelijk weet te maken.

42 Wellicht is het toegestaan om aan te tonen dat de aanbieder voor een lagere prijs heeft ingekocht en dat hij tegen deze lagere prijs heeft willen afleveren aan de consument, maar ik betwijfel of daar voordelen aan verbonden zijn voor de aanbieder (nog afgezien daarvan dat dit bedrijfsgevoelige informatie betreft).

de uitspraak hoe gecompliceerd het consumentenrecht is geworden en hoe ver de gevolgen van een contractskwalificatie strekken. Een aanbieder van telecommunicatiediensten die een abonnement met toestel aanbiedt tegen één prijs, is als telecomaanbieder onderworpen aan de consumentenrechtelijke beschermingsregels uit hoofde van de Telecommunicatiewet en uitvoeringsbesluiten van de ACM (voorheen OPTA), en moet zich nu als kredietverstrekker bovendien voegen naar de regels van de Wft en de uitvoeringspraktijk van de AFM, naast de naleving in zijn contracteerprocessen van de gedetailleerde regels van Titel 7.2A BW, de Richtlijn Consumentenkrediet 2008/48/EG (waar het BW op bepaalde plaatsen rechtstreeks naar verwijst!) en de Wck.

De Hoge Raad refereert in r.o. 3.7 nog aan die gestelde ingrijpende gevolgen voor aanbieders van telecommunicatiediensten. Natuurlijk heeft de Hoge Raad strikt genomen gelijk waar hij oordeelt dat het niet aan hem maar aan de wetgever is om 'generieke uitzonderingen' te maken voor telefonieaanbieders. Heel realistisch is dat echter niet voor wat betreft de regels van Titel 7.2A BW. Die bieden geen mogelijkheid van buitentoepassingverklaring voor bepaalde kredietverstrekkers. Ze zijn bovendien gebaseerd op Richtlijn 2008/48/EG en aangezien die Richtlijn maximumharmonisatie betreft en de totstandkoming ervan een langdurig proces is geweest, geef ik telecomaanbieders weinig kans dat ze op Europees niveau snel een 'generieke uitzondering' voor elkaar weten te boksen. ■