

Financiële dienstverlening

Hoge Raad 13 juni 2014

(*mrs. Numann, Streefkerk, Heisterkamp, Snijders en Tanja-van den Broek*)

Zaaknr. 13/04341

ECLI:NL:HR:2014:1385

(Zie de noten onder deze uitspraak.)

- mobiele telefoonabonnement
- prejudiciële zaak

3. Beantwoording van de prejudiciële vraag

3.1. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten:

(i) X heeft op 10 december 2010 in een belwinkel twee overeenkomsten (telefoonabonnementen) gesloten met KPN. Bij de eerste overeenkomst bedroegen de abonnementskosten € 54,50 per maand, plus eventuele extra verbruikskosten buiten de vooraf overeengekomen telecommunicatiediensten (de ‘bundel’). Voor de eerste twaalf maanden van het abonnement gold een korting van 50%. X ontving bij het aangaan van dit abonnement een mobiele telefoon met een verkoopwaarde van ongeveer € 475. Ter zake van dit abonnement is een schriftelijk contract opgemaakt.

(ii) Van het tweede telefoonabonnement is geen schriftelijk contract opgemaakt. X heeft ook bij het afsluiten van dit abonnement een mobiele telefoon ontvangen met een waarde van ongeveer € 475.

(iii) X heeft de facturen ter zake van beide abonnementen gedeeltelijk onbetaald gelaten.

(iv) Bij brief van 12 april 2011 aan KPN heeft de gemachtigde van X onder meer de vernietiging van de overeenkomsten ingeroepen omdat deze niet voldoen aan de eisen die de Wet op het consumentenkrediet (hierna: Wck) aan deze overeenkomsten stelt.

(v) KPN heeft haar vordering op X aan eiseres overgedragen.

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 HvJ EU 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 slotalinea, Wck (oud) vereist dat de aanbieder aan de consument (kredietnemer) het genot van een mobiele telefoon verschaft 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 dwingend-rechtelijke 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 maandelijkse 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 maandelijkse 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 maandelijkse 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 hoeft 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.

NOOT 1

De prejudiciële procedure bij de Hoge Raad

1. Sinds 1 juli 2012 is titel 10A in het eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv) opgenomen (art. 392 e.v. Rv) en bestaat de mogelijkheid aan de civiele kamer van de Hoge Raad een prejudiciële vraag voor te leggen. In feite is de methodiek vergelijkbaar met het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU, uit welke procedure ook inspiratie is geput. Met de gelijktijdige invoering van art. 81a Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) is het beantwoorden van prejudiciële vragen ook een nieuwe taak van de Hoge Raad geworden.¹

Art. 392 lid 1 Rv geeft een aantal vereisten² voor het geval een lagere rechter hetzij op verzoek van een partij hetzij ambtshalve de Hoge Raad een rechtsvraag wil stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing. Eerst en vooral geldt als eis dat het antwoord op deze vraag nodig is om op de eis of het verzoek te kunnen beslissen.³ Daarnaast moet het antwoord rechtstreeks van belang zijn:

'a. voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of
b. voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.'

1. Art. 81a: 'De Hoge Raad neemt kennis van door de rechtbanken en de gerechtshoven gestelde prejudiciële vragen.' Art. 118 lid 3 Grondwet voorziet in de mogelijkheid van het opdragen van extra taken aan de Hoge Raad naast cassatie van rechterlijke uitspraken.
2. Hierbij zijn, naast de regeling van de cassatieprocedure in art. 407 e.v. Rv mede leidraad geweest de acht door de Commissie-Hammerstein (in het rapport 'Versterking van de cassatierechtspraak' van de Commissie normstellende rol Hoge Raad onderscheiden punten, hierna ook: Commissie-Hammerstein) waar bij de inrichting van de procesgang rond p.j. vragen aandacht aan moet worden besteed: *Kamerstukken II 2010/11, 32612, 3, p. 2 (MvT)*.
3. Als er nog andere geschilpunten zijn die kunnen leiden tot een afdoening zonder dat de vraag relevant wordt, zal de Hoge Raad weigeren de vraag te beantwoorden: zie bijvoorbeeld HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614 (zie ook hieronder, nr. 11).

De ervaringen met de effectenleasezaken/massavorderingen, in het bijzonder de behoefte snel duidelijkheid te verkrijgen omtrent de aan de orde zijnde rechtsvragen,⁴ hebben de behoefte aan de prejudiciële procedure aangejaagd, maar er is uiteindelijk voor gekozen ook veelvoorkomende vraagpunten te laten beslechten.⁵ Er is dan sprake van een zaaksoverstijgend belang.⁶

2. De bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen komt ingevolge art. 392 lid 1 laatste zin Rv niet toe aan de rechter bij wie een verzoek, bedoeld in art. 7:907 lid 1 Burgerlijk Wetboek, in behandeling is. Dit lijkt op het eerste gezicht wat vreemd, want juist massavorderingen waarin de in art. 7:907 e.v. BW geïncorporeerde Wet Collectieve Afhandeling Massaschades (WCAM) een handvat biedt voor collectieve afhandeling, vormde de directe aanleiding van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen.

De minister licht zijn keuze als volgt toe:

‘Denkbaar zou zijn dat het gerechtshof te Amsterdam in een procedure waarin verzocht wordt om een in artikel 7:907 BW bedoelde overeenkomst, verbindend te verklaren, alvorens daarover te beslissen, ook een prejudiciële vraag kan stellen. Daarvan is afgezien omdat zich dit niet verdraagt met de aard van deze procedure (artikel 392, tweede zin, Rv). Het Hof dient immers te toetsen of de overeenkomst die aan hem is voorgelegd, redelijk is. Het gerechtshof toetst dan ook niet aan het recht, omdat partijen daarvan in de tot stand gekomen overeenkomst mogen afwijken. Een dergelijke overeenkomst is niet zelden tot stand gekomen in een situatie waarbij een aantal rechtsvragen nog niet in hoogste instantie beantwoord waren. De overeenkomst is dan het resultaat van onderhandelingen waarbij door alle partijen – met het oog op deze onzekerheden – over en weer concessies zijn gedaan. Indien er door het gerechtshof evenwel één rechtsvraag uit wordt gelicht en door de Hoge Raad beantwoord wordt, kan dat, indien het gerechtshof vervolgens van mening is dat de overeenkomst om die reden aangepast moet worden, het bereikte evenwicht verstoren. Bovendien is de overeenkomst een vaststellingsovereenkomst, die – in de woorden van artikel 7:900 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) – is gesloten ter beëindiging van onzekerheid of geschil. Een heropening van het debat past daar niet bij. Dit laat vanzelfsprekend onverlet dat partijen die in onderhandeling zijn over een WCAM-overeenkomst en die behoefte hebben aan duidelijkheid over een bepaalde rechtsvraag, een collectieve actie of

proefprocedure kunnen instellen waarin de rechter verzocht wordt om een prejudiciële vraag te stellen.’

Kortom: niet tijdens, maar vóór het sluiten van een WCAM-overeenkomst moeten prejudiciële vragen worden gesteld of uitgelokt.

3. Art. 392 lid 2 Rv stipuleert dat alvorens de vraag te stellen, de rechter partijen in de gelegenheid stelt zich uit te laten over het voornemen om een vraag te stellen, alsmede over de inhoud van de te stellen vraag. Zowel vanuit een oogpunt van hoor en wederhoor⁷ als vanuit het perspectief van partijautonomie een begrijpelijk voorschrift.

4. Art. 392 lid 3 Rv regelt onder meer de vormgeving van de vraag:

‘De beslissing waarbij de vraag wordt gesteld, vermeldt voorts het onderwerp van geschil, de door de rechter vastgestelde feiten en de door partijen ingenomen standpunten. Tevens bevat de beslissing een uiteenzetting dat met de beantwoording van de vraag wordt voldaan aan onderdeel a of b van het eerste lid. Tegen de beslissing om een vraag te stellen, alsmede tegen de beslissing ter zake van de inhoud van de vraag, staat geen voorziening open.’⁸

5. Verder bevat art. 392 Rv voorschriften over aanhouding door de ‘vragende rechter’ (lid 5) en door de rechter met een vergelijkbare zaak, die op verzoek van een partij of ambtshalve de beslissing kan aanhouden totdat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan (lid 6). Ook hier moeten partijen worden geconsulteerd: ‘Alvorens te beslissen als bedoeld in de eerste zin [van lid 6, RdM], stelt de rechter partijen in de gelegenheid zich daarover uit te laten. De rechter houdt de beslissing niet aan indien partijen⁹ te kennen hebben gegeven voortzetting van de procedure te verlangen. Tegen de beslissing om al dan niet aan te houden, staat geen voorziening open.’

6. Belangrijk is dat prejudiciële vragen kunnen worden gesteld voordat twee feitelijke instanties volledig zijn doorlopen met alle denkbare bewijsincidenten en feitelijke geschilpunten. Het antwoord van de Hoge Raad op een prejudiciële vraag ‘kan partijen en de rechter aanwijzingen geven over welke feiten van belang zijn. Het antwoord kan dan juist duidelijk maken welke feiten nog door de feitelijke rechter moeten worden onderzocht c.q. voor bewijs in aanmerking komen. Het kan aldus het nadien voortgezette feitelijke debat belangrijk stroomlijnen en daarmee ook een belangrijke bijdrage leveren aan een ef-

4. Zoals bijvoorbeeld in het kader van effectenleasezaken de vraag of bepaalde contracten al dan niet moesten worden gekwalificeerd als ‘huurkoop’, in welk kader art. 1:88 BW een rol te vervullen had. De feitenrechtters in den lande verschilden hierover van mening en de Hoge Raad kon pas op 28 maart 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BC2837) zijn oordeel geven.

5. Zie *Kamerstukken II 2010/11*, 32612, 3, p. 1 (MvT), waarin ook wordt verwezen naar het rapport van de Commissie-Hammerstein (*Kamerstukken II 2007/08*, 29279, 69). Een van de aanbevelingen in genoemd rapport ziet op de introductie van een prejudiciële procedure bij de civiele kamer van de Hoge Raad.

6. *Kamerstukken II 2010/11*, 31612, 3, p. 4 (MvT).

7. Zie in gelijke zin ten aanzien van het voornemen ambtshalve te toetsen HvJ EU 21 februari 2013, C-472/11, *TvC 2013*, afl. 4, p. 172-176, m.nt. De Moor (*Banif Plus Bank Zrt*).

8. In verstekzaken kan niettemin de eiser feitelijk het stellen van de vraag frustreren door de procedure te laten doorhalen: dan is er immers geen noodzaak meer de vraag te stellen en zal de lagere rechter daartoe niet overgaan.

9. Hier is bedoeld: alle partijen. Als één partij toch de p.j. vraag wenst, kan de rechter ervoor kiezen deze toch te stellen: *Kamerstukken II 2010/11*, 32612, 3, p. 15 onderaan-p. 16 bovenaan.

ficiënte rechtsgang.¹⁰ Kortom het antwoord op een prejudiciële vraag kan in menigerlei opzicht structurerend werken.

7. De procedure bij de Hoge Raad wordt geregeld in art. 392 Rv alsook in het *Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden* (hierna: het Reglement) van 28 maart 2012, als in werking getreden op 1 juli 2012.¹¹ Naast de mogelijkheid partijen schriftelijke opmerkingen te laten maken (lid 1) is de in art. 392 lid 2 Rv geboden mogelijkheid ook derden hiertoe toe te laten belangrijk:

‘Daarvoor is gekozen omdat het juist in zaken als hier aan de orde vaak van wezenlijk belang is dat de Hoge Raad een zo compleet mogelijk beeld heeft van de juridische en maatschappelijke context van het geschil. Zonder deze mogelijkheid moet de Hoge Raad afgaan op de informatie die partijen hem verschaffen, met mogelijk aanvullende door het parket verstrekte informatie. In veel zaken zal dit voldoende zijn, maar indien de Hoge Raad van mening is dat hij nog geen volledig beeld heeft, kan hij ook anderen in de gelegenheid stellen opmerkingen te maken. Aldus kan bijvoorbeeld nadere informatie worden verkregen over de maatschappelijke context waarbinnen de rechtsvraag speelt.

(...) Voor de bevoegdheid van de Hoge Raad om ook anderen dan partijen de gelegenheid te bieden om schriftelijke opmerkingen te maken is eveneens gekozen omdat in zaken als deze ook andere personen dan procespartijen per definitie een rechtstreeks belang kunnen hebben bij het antwoord van de Hoge Raad. Het belang van het antwoord stijgt immers uit boven de specifieke belangen van procespartijen. (...) Het is daarbij niet uit te sluiten dat de anderen dan partijen in de prejudiciële procedure hun eigen belangen bepleiten. Hiertegen bestaat ook geen bezwaar, omdat het antwoord ook hun belangen kan raken en bovendien de Hoge Raad daardoor ook een goed beeld kan krijgen van alle bij de vraag betrokken belangen. (...) Het is aan de Hoge Raad om te bepalen of hij eenieder in de gelegenheid wil stellen om schriftelijke opmerkingen te maken, dan wel om die gelegenheid te bieden aan door de Hoge Raad aangewezen personen. Indien de Hoge Raad van oordeel is dat hij reeds een volledig beeld kan verkrijgen van de maatschappelijke context waarbinnen de rechtsvraag speelt door niet eenieder, maar specifiek aangewezen anderen in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken, staat hem dat vrij. (...) Indien de Hoge Raad anderen dan partijen in de gelegenheid stelt om schriftelijke opmerkingen te maken, wordt daarvan op een door de Hoge Raad te bepalen wijze aankondiging gedaan. De Hoge Raad heeft aldus

de mogelijkheid om voor een wijze van aankondiging te kiezen die gelet op de aard en de strekking van de vraag het meest passend is. Denkbaar is bijvoorbeeld dat hiervan aankondiging wordt gedaan in één of meer landelijk verspreide dagbladen, of dat daarnaast ook, of in plaats daarvan, op andere wijze aankondiging wordt gedaan. Te denken valt bijvoorbeeld aan de website van de Hoge Raad, maar ook aan websites van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten.’

8. Blijkens art. 14.1 van het Reglement kan de Hoge Raad de prejudiciële vraag herformuleren. Indien de Hoge Raad daartoe het voornemen heeft en de herformulering niet van ondergeschikte betekenis is, doet de Hoge Raad van zijn voornemen blijken in een tussenuitspraak. Partijen worden vervolgens in de gelegenheid gesteld schriftelijke opmerkingen te maken, waarbij aldus recht wordt gedaan aan het recht op hoor en wederhoor.

9. De Hoge Raad ziet af van beantwoording indien hij oordeelt dat de vraag zich niet voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. De Hoge Raad kan zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel (art. 392 lid 8 Rv, met nadere regeling in art. 6.1 Reglement).

10. Net zoals bij uitspraken van het Hof van Justitie EU is het vervolgens aan de ‘vragende/verwijzende rechter’ om, nadat de Hoge Raad de prejudiciële vraag heeft beantwoord, het bij hem in behandeling zijnde geschil af te ronden. Art. 394 Rv bepaalt dat, behoudens indien het antwoord op de vraag niet meer nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen,¹² de rechter, nadat hij partijen de gelegenheid heeft gegeven zich schriftelijk over de uitspraak van de Hoge Raad uit te laten, beslist met inachtneming van deze uitspraak.

11. Sinds de invoering van de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen heeft de Hoge Raad al 8 vragen beantwoord.¹³ Hij heeft één vraag geweigerd te beantwoorden, omdat de ‘vragende’ rechter een aantal verweren nog niet had behandeld, hetgeen meebracht ‘dat thans nog niet kan worden gezegd dat een antwoord op de aan de Hoge Raad voorgelegde vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen, zoals art. 392 lid 1 Rv vereist’.¹⁴ De Hoge Raad heeft dan ook voorshands afgezien van beantwoording, onder de mededeling dat na behandeling van de verweren de vraag mogelijk opnieuw gesteld kan worden en heeft voorts en passant nog een vingerwijzing gegeven ter zake van een wetswijziging met overgangs-

10. *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, 3, p. 8-9.

11. Te vinden in *Stcrt.* 2012, 10675, en via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2012-10675.html?zoekcriteria=zkt%3DUitgebreid%26pst%3DStaatscourant%26dpr%3DAlle%26spd%3D20120702%26epd%3D20120702%26jgp%3D2012%26nrp%3D10675%26sdt%3DDatumPublicatie%26planId%3D%26pnr%3D1%26rpp%3D10&resultIndex=0&sorttype=1&sortorder=4> (laatstelijk bezocht op 21 juli 2014).

12. Bijvoorbeeld omdat de eiser of verzoeker zijn eis/verzoek heeft ingetrokken of verminderd.

13. De eerste prejudiciële uitspraak dateert van 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889 (reikwijdte hypotheekakte). Vervolgens zijn onder meer – voor het consumentenrecht interessant – antwoorden gegeven in HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 (over stuiting van verjaring t.b.v. individuele consumenten door belangenorganisaties ex art. 3:305a BW), de onderhavige uitspraak en de eveneens op 13 juni 2014 gewezen uitspraak ECLI:NL:HR:2014:1405 (over de veertiendagenbrief van art. 6:96 lid 6 BW in het kader van buitengerechtelijke incassokosten en de positie van de consument).

14. HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614, r.o. 3.4. en 3.5.

rechtelijke dimensie in relatie tot een van de verweren.¹⁵ In een ander geval heeft de Hoge Raad vastgesteld dat hij de prejudiciële vraag al in een eerder arrest heeft beantwoord en heeft hij eveneens afgezien van beantwoording.¹⁶

Via de website van de Hoge Raad¹⁷ kan worden vastgesteld welke vragen reeds aanhangig zijn (ten tijde van het schrijven van deze noot waren het vier vragen) en kan een rechter zo nodig de onder handen zijnde procedure op de voet van art. 392 lid 6 Rv aanhouden totdat de Hoge Raad de vraag heeft beantwoord.

Mr. R.R.M. de Moor

NOOT 2

Kwalificatie van de overeenkomst: koop op afbetaling, consumentenkrediet en consumentenkoop

1. Materieelrechtelijk gaat het in het arrest van de Hoge Raad om de vraag hoe een overeenkomst moet worden gekwalificeerd tussen een professionele aanbieder en een consument waarbij aan de consument een 'gratis' telefoon wordt verstrekt bij afsluiting van een telefoonabonnement voor een bepaalde tijd, welke eigendom van de consument wordt bij levering dan wel bij het betalen van de laatste termijn. De kantonrechter heeft de Hoge Raad in dit verband voorgelegd of een dergelijke overeenkomst kan worden aangemerkt als koop op afbetaling in de zin van art. 7A:1576 BW en/of als consumentenkrediet in de zin van (thans) art. 7:57 BW. Kwalificatie van de overeenkomst als consumentenkrediet zou meebrengen dat aan het vormvereiste van art. 7:61 BW moet zijn voldaan: de overeenkomst moet schriftelijk of op een andere duurzame drager worden aangegaan en de in dat artikel genoemde gegevens bevatten, terwijl de consument een exemplaar van de overeenkomst dient te ontvangen. Wanneer niet aan het vormvereiste is voldaan, brengt dat in beginsel nietigheid van de overeenkomst mee (art. 3:39 BW). Kwalificatie als koop op afbetaling is in de eerste plaats van belang indien de consument gehuwd is of een geregistreerd partnerschap is aangegaan, omdat de echtgenoot (of geregistreerd partner) dan toestemming moet hebben verleend voor het aangaan van de overeenkomst en, bij gebreke aan een dergelijke toestemming, die de overeenkomst in beginsel kan vernietigen (art. 1:88 lid 1 onderdeel b juncto art. 1:89 lid 1 BW).¹⁸

2. Belangrijker nog lijkt het feit dat bij de kwalificatie als koop op afbetaling ook voldaan is aan de vereisten voor de kwalificatie van de overeenkomst als *consumentenkoop*, zodat de consumentenkoopregeling daarmee dwingendrechtelijk van toepassing zou zijn op de overeenkomst. Dit laatste is uiteraard van belang in het geval van non-conformiteit, maar ook in het geval van wanbetaling omdat op de vorderingen van de aanbieder op de consument dan de verkorte verjaringstermijn van 2 jaar na op eisbaarheid (art. 7:28 BW) van toepassing is.

3. Hoe nu oordeelt de Hoge Raad? De Raad stelt voorop dat voor beide regelingen (en voor de oude regeling van het Wet op het consumentenkrediet¹⁹) steeds vereist is dat de overeengekomen maandelijkse betalingen van de consument 'mede aangemerkt kunnen worden als (deel)betalingen ter zake van een koopsom voor de mobiele telefoon' (r.o. 3.4.2). Daaraan zou in casu getwijfeld kunnen worden omdat de overeenkomst zelf bepaalt dat de telefoon 'om niet' ter beschikking wordt gesteld en de maandelijkse betalingen slechts betrekking zouden hebben op het gebruik door de consument van de telecomunicatiediensten van de aanbieder. De Hoge Raad merkt echter op dat de kwalificatie van de overeenkomst niet afhankelijk is van de bewoordingen van het contract, maar van de strekking van de overeenkomst (zie ook expliciet art. 7:73 lid 2 en art. 7A:1576 lid 3 BW). Een dergelijke bepaling in het contract kan er dus niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest van de wettelijke regelingen. Sterker nog: omdat zowel de regeling van het consumentenkrediet als de regeling van de koop op afbetaling beoogt de consument te beschermen 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 (r.o. 3.4.3). De gemiddelde consument – zeker als daarvoor wordt aangesloten bij de hoge verwachtingen die het Hof van Justitie van deze consument heeft²⁰ – zal niet verwachten dat hij de telefoon werkelijk gratis is, maar ervan uitgaan dat in de maandelijkse termijnen tevens een vergoeding voor de verkrijging van de eigendom van de mobiele telefoon begrepen is. Integendeel: terecht overweegt de Hoge Raad in dit verband dat de nieuwe mobiele telefoon zowel absoluut als in verhouding tot de maandelijkse termijnen een aanzienlijke waarde voor de consument vertegenwoordigt, zodat een consument gewoonlijk de abonnementsovereenkomst mede zal afsluiten met het oog op de verkrijging van de eigendom van de mobiele telefoon. En ook het businessmodel van de handelaar zal ervan uitgaan dat de inkoopkosten van de mobiele tele-

15. R.o. 3.6. van het arrest van 31 mei 2013.

16. HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, verwijzend naar HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408.

17. Te vinden via www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Pages/Prejudici%C3%AB-levrageraandecivielekamervandeHogeRaad.aspx (laatstelijk bezocht op 21 juli 2014).

18. Vernietiging is niet mogelijk indien de wederpartij te goeder trouw was (art. 1:89 lid 2 BW), maar vrij algemeen wordt aangenomen dat de handelaar daartoe in ieder geval een redelijk onderzoek naar het al dan niet gehuwd of geregistreerd zijn van de consument zal moeten hebben ingesteld, waarbij een enkele vraag aan de consument hieromtrent vermoedelijk niet voldoende zal zijn. Vgl. Asser/De Boer *I** 2010, nr. 257.

19. Wet van 4 juli 1990, houdende regels met betrekking tot het consumentenkrediet, *Stb.* 1990, 395. De op het onderwerp van dit arrest betrekking hebbende artikelen zijn per 25 mei 2011 vervallen met de invoering van titel 7.2A BW, zie art. II van de Implementatie van de richtlijn consumentenkrediet (Richtlijn 2008/48/EG), *Stb.* 2011, 246. De situatie onder het oude recht, dat in het arrest van de Hoge Raad ook aan de orde komt, laat ik hier rusten.

20. Zie o.m. HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369, *Jur.* 1998, p. I-4657 (*Gut Springenheide GmbH/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*); zie hierover kritisch B.B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive* (diss. Amsterdam UvA 2014).

foons uit de maandelijksse abonnementskosten moeten worden terugverdiend (r.o. 3.5.1). Daaruit volgt, kort samengevat, dat de maandelijksse termijnen mede strekken tot afbetaling van een koopprijs voor de mobiele telefoon. Uit de strekking van de overeenkomst voortvloeit derhalve voort dat in beginsel zowel van koop op afbetaling als van consumentenkrediet sprake is (r.o. 3.5.3).²¹

4. De Hoge Raad merkt vervolgens op dat de overeenkomst mogelijk zal 'kunnen vernietigen wegens strijd met de in verband met koop op afbetaling (...) dan wel kredietovereenkomst geldende wettelijke bepalingen'. Dat impliceert dat de Hoge Raad de schending van het vormvereiste van art. 7:61 BW niet straft met nietigheid, zoals uit art. 3:39 BW lijkt voort te vloeien, maar slechts met (door de consument in te roepen) vernietigbaarheid. Daarmee wordt voorkomen dat (ook) de handelaar zich op de schending van het vormvereiste zou kunnen beroepen, waardoor de consument ongewild zou kunnen worden geconfronteerd met de verbintenis tot teruglevering van de mobiele telefoon op grond van onverschuldigde betaling. De Raad voegt hieraan toe dat de vernietiging van de overeenkomst zowel door de consument zelf op grond van de regels van het consumentenkrediet, als door de echtgenoot of geregistreerd partner bij de koop op afbetaling, op grond van het bepaalde in art. 3:41 BW beperkt wordt tot de levering van de mobiele telefoon en dat de overeenkomst voor wat betreft de levering van telecommunicatiediensten wel in stand blijft indien de overeenkomst zonder het nietige gedeelte kan voortbestaan (r.o. 3.6). Daarvan zal al snel sprake kunnen zijn, want in de regel zal de consument een ander, mogelijk

goedkopere, telefoon in een winkel kunnen kopen of zijn oude toestel, dat in gebruik was vóór de verwerving van de 'gratis' mobiele telefoon, kunnen blijven gebruiken.

5. De uitspraak van de Hoge Raad schept in veel opzichten duidelijkheid voor de telecomsector: de praktijk van 'gratis' telefoons bij afsluiting van een mobiele telefoonabonnement staat niet in de weg aan de toepasselijkheid van de regels voor de koop op afbetaling en consumentenkrediet ten aanzien van de mobiele telefoon.²² De kwalificatie als koop op afbetaling brengt bovendien toepasselijkheid van de consumentenkoop-regeling met zich, hetgeen in overeenstemming met de verwachtingen van de consument en met het rechtsgevoel lijkt. Een en ander laat onverlet dat de handelspraktijk zelf heel goed als een oneerlijke handelspraktijk zou kunnen worden gekwalificeerd, omdat – zoals de Hoge Raad terecht duidelijk maakt – de levering van de mobiele telefoon in werkelijkheid niet 'gratis' is, zoals de handelaar doet voorkomen. Mijns inziens is daarmee sprake van een op de zwarte lijst van art. 6:193g onderdeel t BW voorkomende misleidende handelspraktijk. Ook het nieuwe art. 6:193j lid 3 BW biedt de consument daarmee een mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst, zelfs indien de echtgenoot of geregistreerd partner toestemming heeft gegeven voor het aangaan van de koop op afbetaling en aan de vormvereisten van art. 7:61 BW voor de regeling van het consumentenkrediet is voldaan. Wellicht een klusje voor de Autoriteit Consument en Markt?

Prof. mr. M.B.M. Loos