

168. Telefoonabonnement met mobiele telefoon: gratis of niet?

MR. C.H.D.W. VAN DEN BORNE-VERHEIJEN

Een telefoonabonnement waarbij de mobiele telefoon 'gratis' of tegen een gering bedrag ter beschikking wordt gesteld, wie laat zich er niet door verleiden? En in hoeverre moet de consument hiertegen beschermd worden? Deze problematiek heeft de gemeederen flink bezig gehouden sinds de Hoge Raad in 2014 oordeelde dat dergelijke abonnementen in principe zijn aan te merken als koop op afbetaling, krediettransactie en kredietovereenkomst. In 2016 heeft de Hoge Raad prejudiciële vervolgvragen over dit onderwerp beantwoord.¹ De consequenties van de uitspraken van de Hoge Raad zijn vergaand.

Hoe een 'gratis' mobiele telefoon niet gratis bleek, maar het uiteindelijk toch werd!

In dit artikel worden de juridische achtergronden van de arresten van de Hoge Raad op een rij gezet en wordt ingegaan op de implicaties voor de praktijk.

De juridische achtergronden

Veel aanbieders van mobiele telefoonabonnementen verstrekken de daarbij behorende mobiele telefoon 'gratis' of tegen een gering bedrag (hierna aan te duiden als 'telefoonabonnement inclusief toestel'). Helemaal gratis is dat niet, de kosten van de telefoon worden meestal verwerkt in de maandtermijnen van het telefoonabonnement.

In een geschil bij de Delftse kantonrechter¹ heeft de gemachtigde van gedaagde onder meer de vernietiging van een tweetal telefoonabonnementen inclusief toestel ingeroepen vanwege strijdigheid met de eisen die de Wet op het consumentenkrediet ('Wck') aan deze overeenkomst stelt en de bepalingen van koop op afbetaling. Het ging in deze zaak om een 19-jarige gedaagde met een geestelijke en lichamelijke ontwikkelingsstoornis, die op één dag in totaal acht telefoonabonnementen had afgesloten waarbij telkens een (dure) mobiele telefoon is verstrekt.

Aan de Hoge Raad is vervolgens in 2014 de prejudiciële vraag gesteld of telefoonabonnementen inclusief toestel aangemerkt moeten worden als (i) koop en verkoop op afbetaling in de zin van artikel 7A:1576 e.v. BW en (ii) – indien de overeenkomst is gesloten voor 25 mei 2011 – als krediettransactie (in het bijzonder als goederenkrediet) in de zin van artikel 1 aanhef en onder a en e Wck (oud), en (iii) – indien de overeenkomst is gesloten na 25 mei 2011

– als kredietovereenkomst in de zin van artikel 7:57 lid 1 aanhef en onder c van Titel 2A van Boek 7 BW. Deze rechtsfiguren worden hierna respectievelijk aangeduid als koop op afbetaling (i), krediettransactie (ii) en kredietovereenkomst (iii).

Koop op afbetaling, krediettransactie en kredietovereenkomst

In artikel 7A:1576 lid 1 BW is bepaald dat sprake is van koop en verkoop op afbetaling als partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen waarvan er twee of meer verschijnen nadat de verkochte zaak aan de koper is afgeleverd. Onder de definitie van 'krediettransactie' valt op grond van artikel 1 onder a sub 2e en slotalinea Wck (oud) 'iedere overeenkomst en ieder samenstel van overeenkomsten met de strekking dat door kredietgever aan kredietnemer het genot van een roerende zaak wordt verschaft waarbij de kredietnemer aan de kredietgever tenminste 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 roerende zaak). Op grond van artikel 7:57 lid 1 sub c BW is sprake van een kredietovereenkomst in geval van het verstrekken van krediet in de vorm van uitstel van betaling, een lening of een andere soortgelijke betalingsfaciliteit.

Voor de vraag of telefoonabonnementen inclusief toestel aan te merken zijn als koop op afbetaling, een krediettransactie of een kredietovereenkomst, is gezien de voormelde wettelijke bepalingen telkens beslissend dat de overeengekomen maandelijkse betalingen van de consument mede

¹ Rechtbank Den Haag sector kanton, 13 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3529.

aangemerkt kunnen worden als (deel)betalingen ter zake van de koopsom voor de mobiele telefoon.²

Telefoonabonnementen inclusief mobiel zijn koop op afbetaling en krediettransacties c.q. kredietovereenkomsten

Volgens de letterlijke tekst van het contract voor het telefoonabonnement inclusief toestel werd de telefoon steeds gratis verstrekt en hadden de maandelijkse betalingen slechts betrekking op het gebruik door de consument van de telecommunicatiediensten van de aanbieder. De kernvraag was of de maandelijkse betalingen mede gekwalificeerd moesten worden als deelbetalingen voor de koopsom van de mobiele telefoon, of dat sprake was van een (weliswaar duur) abonnement in combinatie met een gratis telefoon. De Hoge Raad heeft overwogen dat gekeken moet worden naar de strekking van de overeenkomst en dat daarbij door de door de aanbieder opgetuigde constructie heen gekeken moet worden.³ Dit volgt wat betreft de koop op afbetaling uit artikel 7A:1576 lid 3 BW, bij een krediettransactie uit de omschrijving van het begrip krediettransactie in artikel 1 onder a Wck (oud) en de memorie van toelichting en bij een kredietovereenkomst uit artikel 7:73 lid 2 BW. Zo kan in de overeenkomst zijn bepaald dat de telefoon gratis (om niet) verstrekt wordt, maar zal vervolgens uit een analyse van de te betalen maandtermijnen moeten blijken of dat daadwerkelijk zo is. Bij het vaststellen van de strekking van de betreffende overeenkomsten komt bijzonder gewicht toe aan het perspectief en de belangen van de consument, aldus de Hoge Raad. De wettelijke regelingen van de koop op afbetaling en het consumentenkrediet hebben immers als doel om consumenten te beschermen, met name tegen overkreditering.⁴

Telefoonabonnementen met gratis toestel moeten volgens de Hoge Raad gekwalificeerd worden als koop op afbetaling, krediettransactie en kredietovereenkomst

De Hoge Raad heeft vervolgens vastgesteld dat een mobiele telefoon in het algemeen een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt. De consument zal een nieuw telefoonabonnement doorgaans aangaan mede met het oog op het in eigendom verkrijgen van die mobiele telefoon. En ook de aanbieder zal de door hem gemaakte inkoopkosten voor de mobiele telefoon moeten terugverdienen uit de door de consument te betalen maandelijkse kosten. Gelet hierop is het volgens de Hoge Raad het meest in overeenstemming met de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid, de

verwachtingen die partijen mogen hebben en de consumentenbeschermende strekking van de wettelijke regelingen, om tot uitgangspunt te nemen dat de door de consument te betalen maandbedragen mede strekken tot afbetaling van de koopprijs voor de mobiele telefoon. Dit brengt mee dat het telefoonabonnement inclusief toestel in principe is aan te merken als koop op afbetaling en tevens als een krediettransactie dan wel kredietovereenkomst.

Uitzonderingen op toepasselijkheid regelgeving koop op afbetaling en krediet

De meeste abonnementen inclusief toestel zijn aan te merken zijn als koop op afbetaling en krediettransacties dan wel kredietovereenkomsten. Er zijn drie uitzonderingen mogelijk op de toepasselijkheid van de betreffende wettelijke bepalingen:

1. er wordt aangetoond dat de telefoon gratis is;
2. er is sprake van een 'zacht krediet' (na 25 mei 2011);
3. er is sprake van een zuivere huurovereenkomst.

Ik licht dit hierna toe.

Telefoon is gratis

Als de aanbieder van het abonnement kan aantonen dat er daadwerkelijk niet betaald wordt voor de telefoon, dan kan hij aan de betreffende regelgeving ontkomen. Dat kan bijvoorbeeld als het telefoonabonnement inclusief toestel niet duurder is dan een abonnement zonder toestel. Dit zal slechts bij hoge uitzondering aan de orde zijn.

Zacht krediet

Een andere mogelijkheid voor de aanbieder om toepassing van de consumentenkredietwetgeving deels buiten de deur te houden is door te bewijzen dat het gaat om een zogenaamd 'zacht krediet'. Dit is een krediet dat na 25 mei 2011 gesloten is en waarbij geen rente en andere kosten in rekening worden gebracht. De aanbieder moet dan aantonen dat de kosten van het abonnement slechts bestaan uit abonnementskosten voor de telecommunicatiediensten en een periodiek bedrag voor de afbetaling van de mobiele telefoon zonder rente en andere kosten. Weliswaar is de consumentenkredietwetgeving van titel 7:2A BW in dat geval niet van toepassing, maar de wettelijke bepalingen van koop op afbetaling en de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) blijven onverminderd van kracht.

Huurovereenkomst

Tot slot zijn de wettelijke bepalingen van koop op afbetaling en de consumentenkredietwetgeving niet van toepassing wanneer sprake is van een zuivere huurovereenkomst, maar dan verkrijgt de consument dus niet de eigendom van de mobiele telefoon en daar zal het hem vaak wel om te doen zijn.

2 HR 14 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, «JOR» 2014/206, m.nt. Van Poelgeest & Biemans, NJ 2015, 477, m.nt. Hijma, r.o. 3.3, 3.4.1 en 3.4.2.

3 HR 23 december 2011, ECLI:NL:HE:2011:BT8457, NJ 2014, 22.

4 HR 14 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, r.o. 3.4.2.

De consequenties van de antwoorden van de Hoge Raad

De consequenties van de antwoorden van de Hoge Raad op de prejudiciële vragen zijn verstrekkend. De consument kan de overeenkomst vernietigen wegens strijd met de in verband met koop op afbetaling, krediettransactie dan wel kredietovereenkomst geldende wettelijke bepalingen. Overigens blijft het deel dat ziet op het verlenen van de telecommunicatiediensten dan wel in stand. Als sprake is van consumentenkrediet en het gaat om abonnementen die een looptijd hebben van langer dan drie maanden, dan is in principe een vergunning nodig voor de aanbieder en de eventuele bemiddelaars en zijn er diverse gedragsregels van toepassing op grond van de Wft en het BW. Aanbieders en bemiddelaars die geen vergunning hebben, kunnen boetes opgelegd krijgen en plegen een economisch delict.

Ook moeten aanbieders en door hen ingeschakelde bemiddelaars voldoen aan de wettelijke verplichtingen die er zijn bij het verstrekken van consumentenkrediet. Zo moet er de nodige (precontractuele) informatie verstrekt worden.⁵ Er moet worden nagegaan of degene die het abonnement aangaat, voldoende kredietwaardig is⁶ en er geldt een wettelijke bedenktijd van 14 dagen.⁷

Prejudiciële vervolgvragen aan de Hoge Raad in 2016

In zijn arrest van 12 februari 2016 heeft de Hoge Raad wederom prejudiciële vragen beantwoord over telefoonabonnementen inclusief toestel.⁸ Deze vragen bouwen voort op de eerdere prejudiciële procedure van 2014. Ditmaal richtten de vragen zich met name op de bevoegdheden van de rechter om ambtshalve te toetsen en op de gevolgen van een nietigheid of vernietiging van de overeenkomst.

All-inprijs voldoet niet aan wettelijke bepalingen kredietovereenkomst en koop op afbetaling

De Hoge Raad licht allereerst toe dat de wettelijke regeling van de kredietovereenkomst in Titel 2A Boek 7 BW, de (gedeeltelijke) implementatie vormt van Richtlijn 2008/48/EG inzake kredietovereenkomsten voor consumenten (hierna: de Richtlijn Consumentenkrediet). De in die richtlijn opgenomen verplichtingen strekken ertoe de consument te informeren over de verplichtingen die hij aangaat, te bewerkstelligen dat de consument een weloverwogen beslissing kan nemen en de consument te beschermen tegen overkreditering. De Europese wetgever heeft hierbij een hoog beschermingsniveau beoogd.⁹

5 Artikel 4:33 Wft juncto Afdeling 10.2.1 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft ('Bgif') en Titel 2A, afd. 2 Boek 7 BW.

6 Artikel 4:32 Wft juncto Afdeling 10.2.2 Bgif.

7 Artikel 7:66 BW.

8 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, «JOR» 2016/127.

9 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, «JOR» 2016/127 r.o. 3.4.1.

Uitzonderingen zijn: gratis telefoon, zacht krediet en zuivere huurovereenkomsten

De overeenkomst tot het aangaan van het telefoonabonnement inclusief toestel moet voldoen aan de eisen van artikel 7:61 BW die voor kredietovereenkomsten gelden. Artikel 7:61 lid 2 aanhef en onder e BW brengt mee dat in de overeenkomst de koopprijs voor de mobiele telefoon vermeld moet worden die in de door de consument te betalen maandtermijnen van het telefoonabonnement is verwerkt. Slechts met deze informatie – tezamen met het vermelden van de overige gegevens zoals het jaarlijks kostenpercentage – is de consument in staat een weloverwogen beslissing te nemen ter zake van het krediet voor de verkrijging van de mobiele telefoon. Het vermelden van een all-inprijs in de overeenkomst tot het aangaan van het telefoonabonnement inclusief toestel voldoet volgens de Hoge Raad niet aan de eisen van artikel 7:61 lid 2 aanhef en onder e BW.

Ingevolge artikel 1:576 lid 2 BW is een overeenkomst van koop op afbetaling niet van kracht voordat partijen de door de koper te bepalen koopprijs hebben bepaald. Duidelijk moet zijn wat de koopprijs is van de door de consument gekochte zaak, en daarmee wat de omvang is van de door de consument verschuldigde termijnen voor zover die daarop betrekking hebben. Ook op grond van artikel 7A:1576 lid 2 BW is het derhalve vereist dat de in de overeenkomst door de consument te betalen koopprijs voor de mobiele telefoon afzonderlijk wordt bepaald. Een all-inprijs voldoet volgens de Hoge Raad niet aan de vereisten van artikel 7:61 lid 2 aanhef en onder e BW noch aan die van artikel 1:576 lid 2 BW.¹⁰

Ambtshalve toetsing

Mede op grond van het effectiviteitsbeginsel dient de nationale rechter bepalingen van consumentenbeschermende Unierichtlijnen, waaronder de Richtlijn Consumentenkrediet, ambtshalve toe te passen. Deze eis is volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) gerechtvaardigd omdat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan de verkoper beschikt en omdat het niet te verwaarlozen gevaar bestaat dat de consument uit onwetendheid geen beroep zal doen op de rechtsregel die ertoe strekt hem te beschermen.¹¹

De rechter moet bij geschillen over mobiele telefoonabonnementen ambtshalve toetsen of voldaan is aan de eisen van artikel 7:61 lid 2 BW.¹² Bij koop op afbetaling dient de rechter, met het oog op een effectieve bescherming van het belang van de consument, eveneens ambtshalve te onderzoeken of aan artikel 7A:1576 lid 2 BW is voldaan.

10 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, «JOR» 2016/127, r.o. 3.4.1 t/m 3.6.

11 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, «JOR» 2016/127, r.o. 3.8.1.

12 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, «JOR» 2016/127, r.o. 3.8.1.

Ambtshalve toetsing telefoonabonnementen inclusief toestel na 1 januari 2017

De prejudiciële vragen aan de Hoge Raad zien op telefoonabonnementen inclusief toestel die zijn aangegaan voor 1 januari 2017. Per 1 januari 2017 is een nieuwe Titel 2B aan Boek 7 BW toegevoegd. Vanaf die datum zijn onder andere de wettelijke bepalingen van koop op afbetaling (artikel 1576-1576x titel 7A.5A BW) en de Wet op het consumentenkrediet (Wck) (grotendeels) vervallen en gemoderniseerd geïmplementeerd in een nieuwe Titel 2B in Boek 7 BW. Telefoonabonnementen die na 1 januari 2017 zijn ingegaan, zullen daarom eveneens getoetst moeten worden aan de bepalingen van de nieuwe titel 2B, afdeling 1 van Boek 7 BW, die ziet op goederenkrediet van roerende zaken.

Bevoegdheden rechter bij amtsshalve toetsing kredietovereenkomst en koop op afbetaling

De Hoge Raad heeft vervolgens benadrukt dat de rechter die amtsshalve heeft vastgesteld dat de overeenkomst in strijd is met wettelijke bepalingen die bescherming van de consument ten doel hebben, 'passende' maatregelen dient te nemen die de consument effectieve rechtsbescherming bieden.¹³ Wat zijn 'passende' maatregelen? Volgens het Hof kan het vernietigen van de overeenkomst passend zijn, voor zover daardoor de niet-nakoming van de verplichting wordt bestraft waarvan de vervulling essentieel is voor de wilsvorming van de consument en voor het bereiken van het door de Uniewetgever gewenste beschermingsniveau.¹⁴ Indien de rechter amtsshalve vaststelt dat niet voldaan is aan artikel 7:61 lid 2 BW, kan hij zo nodig ook de kredietovereenkomst vernietigen. Dit kan ook indien tegen de consument verstek is verleend, zij het dat dan wel de beginselen van hoor en wederhoor in acht genomen moeten worden.

De vernietiging is niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid volgens de Hoge Raad, aangezien deze het gevolg is van het feit dat de aanbieder niet heeft voldaan aan op hem rustende wettelijke verplichtingen die strekken tot bescherming van de consument.

Indien niet voldaan is aan de eisen van koop op afbetaling, moet de rechter amtsshalve oordelen dat de koop op afbetaling geen rechtsgevolg heeft.¹⁵

De gevolgen van nietigheid of vernietiging

De gevolgen van de nietigheid of vernietiging van de overeenkomst vanwege schending van artikel 7A:1576 lid 2 BW (7:84 BW e.v.) en/of artikel 7:61 lid 2 BW zijn verstrekkend. De consument is op grond van artikel 6:203 BW verplicht om het toestel terug te geven aan de aanbieder. Dat toestel

mag worden teruggegeven in de staat waarin het zich bevindt op het moment van de teruggave, zonder dat hij verplicht is tot een vergoeding van de waardevermindering. De consument is slechts gehouden tot vergoeding van een waardevermindering van het toestel indien hij niet zorgvuldig voor het toestel heeft zorggedragen. Deze verplichting gaat echter pas in nadat het de consument duidelijk is dat hij het toestel moet teruggeven, hetgeen in de regel zal vergen dat door de aanbieder eerst aan de consument duidelijk is gemaakt dat en waarom voor hem een verplichting tot teruggave van het toestel is of zal ontstaan.

De Europese wetgever heeft een hoog beschermingsniveau beoogd voor kredietovereenkomsten voor consumenten

Als de consument het toestel niet teruggeeft, dan is hij verplicht tot vergoeding van de waarde van het toestel. Doch deze verplichting is er pas als de consument in verzuim verkeert. Dat is pas het geval nadat de consument door de aanbieder in gebreke is gesteld.

Ook de aanbieder moet teruggeven hetgeen hij op grond van de niet tot stand gekomen dan wel vernietigde overeenkomst heeft ontvangen. Aangezien de vernietiging c.q. nietigheid ziet op het toestelgedeelte, moet de aanbieder het deel van de ontvangen maandtermijnen dat ziet op de betaling van de koopsom aan de consument terugbetalen. De aanbieder moet hetgeen hij aan de consument verschuldigd is, in mindering brengen op hetgeen hij van de consument (eventueel) nog te vorderen heeft. De rechter kan de gegrondheid van de vordering van de aanbieder ook in dat opzicht toetsen.¹⁶

De consument is geen vergoeding verschuldigd voor het genot (het gebruik) dat hij van het toestel heeft gehad. De aanbieder is op grond van de overeenkomst immers niet verplicht om 'genot' te verschaffen doch slechts om (de eigendom van) het toestel te verschaffen. De onverschuldigde prestatie ziet dan ook slechts op het toestel en niet op het genot dat de consument van dat toestel heeft gehad. Ongerechtvaardigde verrijking of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bieden de aanbieder evenmin soelaas. Volgens de Hoge Raad zou het afbreuk doen aan de bescherming van de consument indien hij zou moeten betalen voor het genot dat hij van het toestel heeft gehad. De sanctie op schending van artikel 7:61 lid 2 BW moet doeltreffend en afschrikwekkend zijn, aldus de Hoge Raad.¹⁷

Tot slot oordeelt de Hoge Raad nog dat het beding met de all-inprijs in de regel een kernbeding is in de zin van artikel 4 lid 2 van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen en artikel 6:231 sub a BW. Om die reden wordt niet toegekomen aan de toets of het beding oneerlijk of onredelijk bezwarend is. Wel is vereist dat het beding duidelijk en begrijpelijk is

13 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.8.2, «JOR» 2016/127.

14 HvJ EU 17 december 2009, C-227/08, ECLI:EU:C:2009:792, r.o. 31-34 (*Martin Martin*); HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637, r.o. 39-43 (*Duarte Hueros/Autociba*).

15 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.11.1, «JOR» 2016/127.

16 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, «JOR» 2016/127, r.o. 3.15.3.

17 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.16.

geformuleerd, dat de consument duidelijk is wat de economische gevolgen zijn die eruit voortvloeien.¹⁸

De rechter wordt advocaat en de telefoon wordt toch gratis

Op grond van het voorgaande moet geconcludeerd worden dat de Hoge Raad ver gaat in de bescherming van de consument. De consument kan volstaan met teruggave van het toestel in de staat waarin deze zich bevindt en hoeft niets te betalen voor het genot van het toestel dat hij heeft gehad gedurende de periode dat hij het toestel in zijn bezit heeft gehad. De consument kan op deze manier jarenlang gratis gebruikmaken van het toestel. Indien hij niet betaalt, dient de rechter ambtshalve zijn belangen te behartigen. De rechter heeft daarbij het recht om de aanbieder tot verrekening te dwingen van hetgeen de aanbieder als gevolg van de vernietiging c.q. nietigheid verschuldigd is aan de consument en hetgeen hij vordert. De rechtvaardiging van deze vergaande consumentenbescherming is gelegen in het afschrikwekkend effect dat de Hoge Raad wil creëren. Dat zal alles te maken hebben met de omvang van de problematiek. Bij gerechten worden jaarlijks grote aantallen telecomzaken aanhangig gemaakt die zien op telefoonabonnementen met een gratis mobiel, waarbij sprake is van betalingsproblemen.¹⁹ Het hoge beschermingsniveau dat met Europese wetgeving op het gebied van consumentenkrediet beoogd is, zal tevens een rol spelen.

Macro-effecten voor de praktijk

Massaclaims

De uitspraken van de Hoge Raad hebben de nodige effecten voor de praktijk (gehad). Zo zijn verschillende claimorganisaties direct ingesprongen op de claimmogelijkheden die de gunstige afwikkeling van de vernietiging voor consumenten heeft.²⁰ Voor zover door mij na te gaan is, zijn er momenteel echter nog geen collectieve gerechtelijke procedures aanhangig gemaakt.²¹

De politiek

Ook de politiek heeft dit onderwerp opgepakt. Naar aanleiding van de eerste uitspraak van de Hoge Raad is een motie ingediend waarin verzocht is om een vrijstellingsregeling voor de telecomsector met betrekking tot de Wft.²² De minister van Financiën is vervolgens in overleg getreden met de Nederlandse telecomproviders, alsmede de Auto-

riteit Consument & Markt (ACM) over het opstellen van een 'Gedragscode ter voorkoming van Telecomschulden' in combinatie met een (gedeeltelijke) vrijstelling van de regels van de Wft. Bij brief van 13 april 2016 heeft de minister laten weten dat het overleg geen gedragscode heeft opgeleverd die kan leiden tot de verlening van een vrijstelling van de regels voor kredietverlening uit de Wft. Het idee van de sector was om telecomkredieten aan te bieden zonder rente en andere kosten.

Gevolgen van prejudiciële vragen Hoge Raad: all-inprijs is niet toegestaan, ambtshalve toetsing en vernietiging door rechter, leen-toets en BKR-registratie

In de praktijk worden er echter substantiële kortingen verstrekt indien de consument de toestelprijs ineens afrekent. Dit heeft tot gevolg dat de consument die krediet neemt, meer voor het toestel betaalt. Daarmee kan het uitgangspunt van de sector, dat kredietverlening onder de code altijd zonder rente en andere kosten plaatsvindt en de Richtlijn consumentenkrediet daarom niet van toepassing is, niet staande gehouden worden volgens de minister. Een dergelijke afspraak zou volgens de ACM bovendien een potentiële beperking van de mededinging kunnen inhouden. Het gevolg hiervan is dat de vergunningplicht en de gedragsregels van de Wft onverkort van toepassing zijn op telecomaandieners. De AFM zal toezien op naleving van de wet- en regelgeving. Nadere vragen van Kamerleden heeft de minister niet van gedachten doen veranderen.²³

De AFM

Inmiddels heeft de AFM eisen gesteld aan reclame voor de verkoop van mobiele telefoons op afbetaling. Vanaf 1 januari 2017 moeten in reclames van telecomaandieners de krediettabel en de waarschuwingszin 'Geld lenen kost geld' verschijnen. Ook moeten de kosten van het telefoonkrediet apart worden vermeld. Vanaf 1 mei 2017 gaat de AFM erop toezien dat telecomaandieners voor telefoonkredieten vanaf € 250 een leentoets afnemen, inclusief een toetsing bij het Bureau Kredietregistratie.²⁴

BKR-registratie

Vanaf 1 mei 2017 moeten abonnementen met telefoons op afbetaling vanaf € 250 worden geregistreerd bij het Bureau Krediet Registratie (het BKR). De registratie geldt alleen voor de afbetaling van de mobiele telefoon, niet voor de maandelijkse kosten voor bellen, sms'en en het gebruik van

18 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.17.

19 Zie het rapport *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht*, te raadplegen op www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Eindrapport-LOVCK-werkgroep-ambtshalve-toetsing-17210.pdf, p. 15.

20 Consumentenclaim en Contel zijn voorbeelden van deze claimstichtingen, zie www.fd.nl/ondernemen/1139576/consumentenclaim-bereid-zaak-voor-tegen-telefoonproviders; www.tweakers.net/nieuws/108251/hoge-raadconsumenten-die-toestel-all-in-abo-inleveren-krijgen-geld-terug.html.

21 Nagegaan via www.rechtspraak.nl.

22 *Kamerstukken II* 2015/16, 34198, nr. 17.

23 *Kamerstukken II*, 2015/16, 34198, nr. 18.

24 Zie www.afm.nl/nl-nl/consumenten/nieuws/2017/jan/eisen-reclame-mobiele-telefoons.

mobiel internet.²⁵ De registratie bij het BKR kan gevolgen hebben voor het aanvragen van overige kredieten en een hypotheek. Niet alleen weegt de lening mee bij het bepalen of er sprake is van een verantwoord kredietmaximum bij het verstrekken van een nieuw krediet, ook kan een negatieve registratie als gevolg van een betalingsachterstand gevolgen hebben voor het verkrijgen van nieuwe leningen en kredieten.

Conclusie

De Hoge Raad heeft in twee arresten waarin hij prejudiciële vragen heeft beantwoord, een vergaande consumentenbescherming opgeworpen ten aanzien van mobiele telefoonabonnementen met een 'gratis' telefoon. Deze uitspraken hebben de nodige gevolgen voor telecomaanbieders maar ook voor consumenten. Aanbieders en bemiddelaars moeten

aan een vergunningplicht en gedragsregels op grond van de Wft voldoen. Ook voor consumenten zijn er praktische consequenties. Zo moet er een leentoets uitgevoerd worden en wordt het abonnement (deels) geregistreerd bij het BKR. Het uiteindelijke doel van deze maatregelen is om consumenten te behoeden voor overkreditering en zo de grote aantallen incassozaken die zien op mobiele telefoonabonnementen in te perken. De eigen verantwoordelijkheid van de consument in deze lijkt zeer beperkt. Het zou interessant zijn om over een paar jaar te evalueren of deze maatregelen daadwerkelijk geleid hebben tot een vermindering van het aantal telecomzaken.

Over de auteur

Mr. Chantal van den Borne-Verheijen

Associate partner Banking & Finance bij Dirkzwager advocaten en notarissen.

²⁵ <https://www.bkr.nl/consumenten/telecomwet-2017/de-gevolgen-van-bkr-registratie-bij-een-mobiel-telefoonabonnement/>.