

COMMISSIE HANDHAVING MOBIELE DIENSTEN

Beslissing van 18 juli 2011

op het verzoek van

1. het Loket zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Gedragscode SMS Dienstverlening van 11 december 2009 in werking getreden op 1 maart 2010 (hierna het Loket)

om te oordelen over gedragingen van

2. Telefuture BV (hierna Telefuture)

en

3. Elephant Telecommunication LTD (hierna Elephant)

Het onderhavige verzoek wordt beoordeeld aan de hand van de regels die golden ten tijde van de bestreden gedragingen in augustus 2010. Dientengevolge wordt in het navolgende met de "SMS-Gedragscode" de Gedragscode SMS-Dienstverlening van 11 december 2009 (in werking getreden op 1 maart 2010) bedoeld.

1. De Procedure

1.1 De volgende stukken zijn ontvangen:

- Verzoek tot handhaving van het Loket van 10 december 2010, met bijlage;
- Reactie van Telefuture van 27 december 2010
- Reactie van Elephant met bijlagen van 27 december 2010

1.2 Partijen hebben afgezien van een mondelinge behandeling. De Commissie Handhaving Mobiele Diensten (hierna: de Commissie) doet uitspraak op basis van de door partijen overgelegde stukken.

2. De gestelde gedragingen en de reacties

2.1 Het Loket heeft bij ongedateerde brief, ontvangen op 10 december 2010, een verzoek tot handhaving ingediend bij de Commissie. Volgens het Loket zou de dienst Brein1 van Elephant niet voldoen aan de SMS- Gedragscode en zou het een herhaling betreffen van reeds eerder ingediende soortgelijke klachten over soortgelijke diensten. Het Loket baseert zich blijkens de geciteerde bepalingen op de SMS-Gedragscode van 1 mei 2008.

2.2 De volgende overtredingen van de Reclamecode SMS-dienstverlening (hierna Reclamecode) en SMS-Gedragscode worden gedaagden verweten:

- Artikel 4 Reclamecode: er wordt op de website dommezel.com en de achterliggende webpagina's niet duidelijk vermeld dat Elephant een abonnement aanbiedt voor games, ringtones en wallpapers.
- Artikel 3 Reclamecode: er wordt een MP3 speler beloofd als een abonnement wordt afgesloten en de instructies worden opgevolgd. Deze MP3-speler is nooit ontvangen. Er wordt gevraagd om een 06nummer zonder dat wordt vermeld dat daarmee een abonnement wordt afgesloten. Dit moet aangepast worden. In het laatste scherm ontbreekt iedere verwijzing naar de aard van de dienst en de shortcode wordt ten onrechte genoemd, waardoor het gevaar bestaat dat de eindgebruiker geen kennis neemt van de aanmeldbevestiging.
- Artikel 8 SMS-Gedragscode: Er worden herinneringsberichten gestuurd als de eindgebruiker zich niet abonneert. Dit is spam.
- Artikel 5 Reclamecode: De vermelding van het abonnement is kleiner dan 1/3 van de de rest van de tekst
- Artikel 10 SMS-Gedragscode: er is geen afmelding mogelijk door ' Stop' te sturen naar de shortcode. Het trefwoord is nodig.
- Artikel 11.2 SMS-Gedragscode: het karakter van de dienst is niet goed beschreven in de aanmeldbevestiging
- Artikel 11.3 SMS-Gedragscode: de tekst in de aanmeldbevestiging moet aangepast worden zodat de eindgebruiker leest dat hij JA zegt tegen een abonnement en daarbij direct een score en een IQ test ontvangt in plaats van andersom.

2.3 Elephant heeft de overtredingen in het verleden vaker begaan in maart, juli en oktober 2009 en is hier op aangesproken.

2.4 Het Loket heeft op 20 augustus 2010 geconstateerd dat artikel 4 van de Reclamecode is overtreden

omdat de informatie op de website niet duidelijk aangeeft dat het om een abonnement gaat.

2.5 Het Loket is van mening dat er sprake is van structurele overtredingen. Het Loket stelt dat de Commissie bevoegd is om ingevolge artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode een sanctie op te leggen.

2.6 Elephant heeft op 27 december 2010 gereageerd en stelt het volgende. Elephant maakt sinds augustus 2010 geen promotie meer voor D2 Mobile (BREIN1) of vergelijkbare diensten. Er is in oktober 2009 een klacht ingediend over dezelfde dienst. Er was toen echter onenigheid over de vraag of er sprake was van een overtreding. Vodafone heeft aangegeven dat die klacht niet voorgelegd zou worden aan de Commissie. Nu wordt deze alsnog op grond van artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode voorgelegd.

2.7 Het Loket heeft Elephant nooit geïnformeerd over het onderzoek in augustus 2010. Merkwaardig is dat het Loket zich baseert op de oude gedragscode van 2008. Het oude artikel 16 lid 3 van deze gedragscode is ruimer opgesteld dan het geldende artikel. Het Loket bedient zich van een kunstgreep om alsnog een klacht uit oktober 2009 aan te pakken.

2.8 Elephant stelt zich op het standpunt dat de Commissie het verzoek niet kan behandelen, omdat het Loket niet meer bestaat, de vermeende overtreding niet binnen 7 dagen bij het Loket is gemeld, het Loket niet binnen 14 dagen een melding heeft gedaan bij de Commissie, het Loket Elephant niet op de hoogte heeft gesteld van het onderzoek van Vodafone en de eigen waarneming en het beroep op artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode niet slaagt aangezien er geen sprake is van structurele overtredingen.

2.9 Telefuture heeft op 27 december 2010 gereageerd en stelt zich op het volgende standpunt. Elephant is door Telefuture op de hoogte gesteld van de geldende regels en procedures. De klacht uit oktober 2009 is door de Reclame Code Commissie in december 2009 op bijna alle punten afgewezen. De gedragscode en reclamecode werken alleen als partijen zich na een uitspraak neerleggen bij deze uitspraak. Vodafone doet dit niet. Telefuture heeft aangeboden om te bemiddelen om de meningsverschillen op te lossen. Vodafone is hier niet op ingegaan. Vodafone heeft onder druk van media en overheid willen aantonen dat de SMS-markt wordt aangepakt en heeft het Loket hierin betrokken. Hierdoor is de onafhankelijkheid van het Loket in het geding gekomen. Telefuture verzoekt de Commissie om het verzoek af te wijzen.

3. De beoordeling van het geschil

Toepasselijkheid van de Gedragscode

3.2 De Commissie stelt vast dat niet in geschil is dat de SMS-Gedragscode van toepassing is, zodat partijen gehouden zijn de bepalingen van de SMS-Gedragscode na te leven. De Commissie beoordeelt het verzoek aan de hand van de SMS-Gedragscode van 1 maart 2010.

Ontvankelijkheid

3.1 Artikel 14 van de SMS-Gedragscode luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

Sub e) Het Loket bepaalt of de gedraging in strijd is met de Gedragscode en zal, indien zij van oordeel is dat dit het geval is: (i) de overtredende Partij rechtstreeks hierop aanspreken en opdragen de dienstverlening onmiddellijk en uiterlijk binnen twee werkdagen nadat de melding van het Loket in verband met deze overtreding is ontvangen, aan te passen of de betreffende SMSdienst op te schorten of af te sluiten zodat de overtreding van de Gedragscode binnen twee werkdagen beëindigd wordt (..)

Sub g) Voorts kan het Loket, indien het van oordeel is dat niet (volledig) voldaan is aan de opdracht(en) die ingevolge sub e) van dit artikel door het Loket is/zijn gegeven, een verzoek tot handhaving indienen bij de Commissie Handhaving in geval van overtreding van de SMS-Gedragscode, zoals verder bepaald in artikel 15 en 16 van de Gedragscode. Een dergelijk verzoek wordt binnen twee weken na het verstrijken van de in artikel 14 sub e (i) genoemde termijn ingediend. Ook indien naar het oordeel van het Loket om een andere gegronde reden een uitspraak over de dienstverlening of gedraging(en) van de overtredende Partij gewenst is, bijvoorbeeld vanwege het feit dat de dienstverlening of gedraging bij herhaling niet voldoet aan de Gedragscode kan het Loket een verzoek tot handhaving indienen bij de Commissie Handhaving in geval van overtreding van de SMS-Gedragscode, zoals verder bepaald in artikel 15 en 16 van de Gedragscode.

3.2 Onbetwist is dat het Loket op basis van eigen waarneming in augustus 2010 een aantal overtredingen heeft geconstateerd. Onbetwist is ook dat het Loket deze niet heeft gemeld bij Elephant of

Telefuture, zodat niet gezegd kan worden dat ten aanzien van deze overtredingen de procedure van artikel 14 sub e van de SMS-Gedragscode is nageleefd. De overtredende partij is niet aangesproken en opgedragen de dienstverlening onmiddellijk te staken. Voor zover er eerdere overtredingen zijn begaan waar gedaagde wel op is aangesproken, constateert de Commissie dat het verzoek om handhaving is ingediend na het verstrijken van de in artikel 14g van de SMS-Gedragscode.

3.3 Het Loket heeft aangevoerd dat het verzoek is gebaseerd op herhaalde overtredingen en verzoekt om oplegging van een sanctie ingevolge artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode. Het loket stelt dat een verzoek dat op deze grond is ingediend niet gebonden is aan de termijn van artikel 14 sub g van de SMS-Gedragscode. Dit standpunt volgt de Commissie niet. Het uitgangspunt van de SMS-Gedragscode is dat het loket binnen de geldende termijn een verzoek tot handhaving kan indienen bij een overtreding van de SMS-Gedragscode die ingevolge artikel 14 sub g van de SMS-Gedragscode niet op eerste aanzegging ongedaan is gemaakt. Slechts in dat geval is de Commissie bevoegd om een sanctie op te leggen. In afwijking hiervan is de Commissie ook bevoegd om een sanctie op te leggen als de overtreding wel ongedaan is gemaakt, maar er sprake is van een herhaalde overtreding. De Commissie is van oordeel dat de afwijkingsmogelijkheid van artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode betrekking heeft op de ruimere bevoegdheid van de Commissie om sancties op te leggen. Niet valt in te zien waarom bij herhaalde overtredingen de indieningstermijn van twee weken niet zou gelden. Een redelijke uitleg van artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode brengt mee dat juist toepassing van de ruimere sanctiebevoegdheid vereist dat de procedure van artikel 14 van de SMS-Gedragscode moet zijn gevolgd. Dit is niet gebeurd. Nu de Commissie van oordeel is dat de te late indiening van het verzoek niet verschoonbaar is, komt het verzoek niet voor behandeling in aanmerking.

4. De beslissing

De Commissie

4.1 verklaart het Loket niet ontvankelijk.

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving SMS-Gedragscode SMS dienstverlening op 13 juli 2011 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen op 18 juli 2011

Deze beslissing is op 13 juli 2011 toegezonden aan het bestuur van de Stichting SMS-Gedragscode, die zal zorgdragen voor een zo spoedig mogelijke publicatie van de beslissing op haar website.

Namens de Commissie Handhaving Mobiele Diensten,
w.g. mr. R.H. Koning, voorzitter