

COMMISSIE HANDHAVING GEDRAGSCODE SMS-DIENSTVERLENING

Beslissing van 21 december 2009

op het verzoek van

1 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TELE2 NEDERLAND B.V. (hierna: Tele2),
gevestigd te Amsterdam,
operator,

om te oordelen over gedragingen van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MOBILLION B.V. (hierna: Mobillion),
gevestigd te Ede,
SMS-dienstverlener,

en

2. de vennootschap naar buitenlands recht
CSW GROUP LIMITED (hierna: CSW)
gevestigd te Hong Kong,
content provider.

Waar in het navolgende sprake is van “de Gedragscode” wordt de Gedragscode SMS-Dienstverlening (van 1 mei 2008) bedoeld.

1. De procedure

1.1 De volgende stukken zijn ontvangen:

- Verzoek tot handhaving van Tele2 van 10 september 2009, met bijlagen;
- Reactie van Mobillion van 17 september 2009;
- Reactie van CSW van 17 september 2009, met bijlagen.

1.2 Geen van partijen heeft verzocht om een mondelinge behandeling van de zaak. De Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening (hierna: de Commissie) heeft vervolgens bepaald uitspraak te zullen doen op basis van de door partijen overgelegde stukken.

2. De gestelde gedragingen en de reacties

2.1 Tele2 stelt dat zij – na een melding door de Consumentenautoriteit van 6 augustus 2009 – overtredingen van de Gedragscode (en de bijbehorende Reclamecode) heeft geconstateerd ten aanzien van een door CSW aangeboden dienst. Het gaat hierbij om de dienst "Funmobile", die wordt aangeboden via de website <http://nl.funmobile-ringtones.com/>. Door CSW wordt deze dienst aangeboden via Mobillion, via de shortcode 4060.

2.2 Op 7 augustus 2009 om 09.37 uur heeft Tele2 overeenkomstig artikel 14 van de Gedragscode aan Mobillion verzocht een einde te (laten) maken aan de bedoelde overtredingen. Voor een omschrijving van de overtredingen heeft zij verwezen naar de hiervoor genoemde melding van de Consumentenautoriteit, die zij als bijlage heeft bijgevoegd. Tele2 heeft Mobillion tevens verzocht de klacht onverkort door te zetten aan Funmobile (de Commissie leest: CSW).

Voor het opheffen van de overtredingen heeft Tele2 een termijn gesteld van twee werkdagen en als deadline genoemd dinsdag 11 augustus om 12.00 uur.

2.3 Aanvankelijk heeft Tele2 de volgende overtredingen geconstateerd:

1. artikel 3 Code: link naar online databank ontbrak;
2. artikel 3 Code: gegevens online databank incompleet: kosten en/of frequentie onjuist. IN de uiting stond dat het een abonnementsdienst van 4 sms'jes van 1,50 per week was. In de databank stond 6 sms'jes per week, 1,50 per sms;
3. artikel 3 Code: gegevens online databank incompleet: NAW gegevens onjuist. In de databank werd een adres in Brussel vermeld, onder de uiting een adres in Hong Kong;
4. artikel 5.5 Code jo artikel 3 Reclamecode: uiting misleidend over de aard van de diensten, de kenmerken en het langdurige karakter van de dienst. Het leek alsof de consument door het invoeren van het telefoonnummer een gratis beltoon kon bestellen. In werkelijkheid wordt een abonnementsdienst aangeboden;
5. artikel 5.5 Code jo artikel 4 Reclamecode: melding betaalde abonnementsdienst ontbrak;
6. artikel 5.5 Code jo artikel 4 Reclamecode: melding minimale duur ontbrak;
7. artikel 5.5 Code jo artikel 4 Reclamecode: melding voornaamste kenmerken ontbrak;
8. artikel 5.5 Code jo artikel 4 Reclamecode: frequentie berichten per week onduidelijk, ontbrak/niet in lijn met online databank. In de uiting stond dat een consument 4 sms'jes kreeg en 5 kredieten. Dit is onduidelijk. In de databank stond bovendien dat de consument 6 sms'jes per week kreeg;
9. artikel 5.5 Code jo artikel 4 Reclamecode: verwijzing homepage aanbieder ontbrak;
10. artikel 5.5 Code jo artikel 4 Reclamecode: BTW-nummer op homepage aanbieder ontbrak;
11. artikel 5.5 Code jo artikel 4 Reclamecode: vermelding privacybeleid niet duidelijk leesbaar;
12. artikel 4.1 sub b Reclamecode: vermelding wijze stoppen abonnement onduidelijk;
13. artikel 5.4 Reclamecode: onduidelijk hoe de consument 5 kredieten kreeg in 4 sms'jes;
14. artikel 5.4 Reclamecode: onduidelijk dat voor het gratis item geen abonnement nodig is;
15. artikel 5.4 sub e Reclamecode: vermelding dat de Code wordt nageleefd ontbrak;
16. artikel 4.1 sub e Reclamecode: gegevens van de aanbieder niet duidelijk leesbaar.

2.4 Volgens Tele2 heeft CSW op 11 augustus om 12.41 uur aan haar laten weten dat zij een (groot) aantal overtredingen had aangepast, maar dat zij terzake van de hiervoor genoemde overtredingen 4 en 16 een verlenging van de deadline (te weten tot 14 augustus 2009) wenste. Tele2 heeft hierop laten weten dat alle overtredingen binnen de gestelde termijn van 2 werkdagen aangepast moesten zijn, dan wel dat de dienst dan zou moeten zijn

afgesloten totdat alle overtredingen zouden zijn opgelost.

2.5 Volgens Tele2 waren pas op 12 augustus 2009 om 13.25 uur alle aanpassingen gereed, dus ná het verstrijken van de termijn van 2 werkdagen. In de periode tussen het verstrijken van de termijn en het volledig hebben doorgevoerd van de aanpassingen is de dienst niet afgesloten geweest. Hierdoor is naar de mening van Tele2 sprake van het schenden van de Gedragscode door zowel Mobillion als CSW. Tele2 verzoekt de Commissie een passende sanctie op te leggen aan Mobillion en CSW op basis van artikel 16 van de Gedragscode.

2.6 Zowel Mobillion als CSW heeft erkend dat de door Tele2 gestelde termijn is overtreden.

2.7 Mobillion heeft aangevoerd dat CSW geen rechtstreekse klant van haar is. Klant van Mobillion voor shortcode 4060 is namelijk Ericsson IPX, die op haar beurt heeft gecontracteerd met CSW. Volgens Mobillion maakt het feit dat er sprake is van meerdere schakels, die zich ook nog in verschillende tijdzones bevinden, een termijn van 2 werkdagen zeer lastig haalbaar. Mobillion beroept zich erop dat op het moment van het verstrijken van de deadline:

- 14 van de 16 wijzigingen waren doorgevoerd;
- promotie en links naar de genoemde website waren gedeactiveerd;
- er goed contact was tussen Tele2 en CSW;
- over shortcode 4060 meer diensten lopen dan de dienst Funmobile van CSW, zodat afsluiting van de shortcode meerdere diensten zou treffen;
- Tele2 niet meer heeft laten weten dat de situatie ernstig was en dat afsluiting gewenst was;
- de dagelijkse praktijk in dit soort gevallen niet is dat er direct een shortcode wordt afgesloten.

Mobillion verzoekt de Commissie om in het licht van deze achtergrond af te zien van - zo begrijpt de Commissie - het opleggen van een sanctie.

2.8 CSW heeft aangevoerd dat zij haar uiterste best heeft gedaan de aanpassingen tijdig door te voeren. Zodra zij het verzoek van Tele2 ontving, heeft zij alle promotie voor haar website gestopt om de mogelijke gevolgen voor eindgebruikers zoveel mogelijk te beperken. Ten tijde van het verstrijken van de deadline was 80% van de overtredingen verholpen. Een aantal aanpassingen heeft langer geduurd vanwege technische redenen. Volgens CSW waren de overtredingen die noodzaakten tot deze aanpassingen niet van belang voor de "subscription process". CSW verzoekt de Commissie om in het licht van deze achtergrond af te zien van het opleggen van een sanctie.

3. De beoordeling

Toepasselijkheid van de Gedragscode

3.1 De Commissie stelt, nu dit tussen partijen niet in het geding is, vast dat de Gedragscode van toepassing is en dat alle partijen gehouden zijn de bepalingen van de Gedragscode na te leven.

3.2 De Commissie beoordeelt het verzoek aan de hand van de Gedragscode zoals deze van kracht is geworden per 1 mei 2008 en de Reclamecode die in werking trad op 1 april 2009 en die voor bestaande reclame-uitingen een overgangstermijn bevat tot 14 mei 2009.

Ontvankelijkheid van het verzoek tot handhaving

3.3 Artikel 14 van de Gedragscode luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

lid 3: Indien SMS-dienstverleners of Content Providers een of meer van de bepalingen uit de Gedragscode niet naleven, dan zullen de Operators (...) – zodra zij daarvan kennis hebben genomen – de betreffende SMS-dienstverlener schriftelijk of per email verzoeken om het met de Gedragscode strijdige gedrag onmiddellijk te staken.

lid 4: SMS-dienstverleners en Content Providers zijn gehouden om uiterlijk binnen twee werkdagen nadat de melding (...) is ontvangen, de betreffende SMS-dienst in overeenstemming te brengen met deze Gedragscode dan wel de betreffende SMS-dienst af te sluiten. Indien de SMS-dienstverlener de SMS-dienst niet binnen twee werkdagen heeft aangepast is de Operator (...) gehouden om een verzoek tot handhaving in te dienen bij Commissie Handhaving SMS-Gedragscode.

3.4 Bij schrijven van 6 augustus 2009 heeft de Consumentenautoriteit de Stichting SMS Gedragscode bericht dat ten aanzien van de website <http://nl.funmobile-ringtones.com/index.php?a=8888&s=226-SUBID&z=39e6dfa0ccb04f6c9606fb0e9a46b47> (de website "Funmobile") een aantal – nader gespecificeerde – met de Gedragscode strijdige gedragingen was geconstateerd. De Stichting SMS Gedragscode heeft dit schrijven doorgestuurd aan Tele2.

3.5 Tele2 heeft naar aanleiding hiervan geoordeeld dat inderdaad ten aanzien van de hiervoor genoemde website sprake was van met de Gedragscode strijdige gedragingen. Zij heeft vervolgens bij e-mail van 7 augustus 2009 om 09.37 uur Mobillion erop gewezen dat een overtreding van de Gedragscode is geconstateerd. Tele2 heeft Mobillion verzocht om binnen twee werkdagen – als deadline werd gesteld 11 augustus 2009 om 12.00 uur – haar dienstverlening met betrekking tot de website zodanig aan te passen dat deze conform de Gedragscode was. Tele2 heeft tevens aan Mobillion verzocht het verzoek door te sturen aan Funmobile (CSW). Als bijlage bij het verzoek heeft Tele2 het hiervoor genoemde schrijven van de Consumentenautoriteit gevoegd. De e-mail van 7 augustus 2009, met de bijlage, bevindt zich als bijlage bij het verzoek tot handhaving aan de Commissie.

3.6 De Commissie is van oordeel dat de e-mail van Tele2 van 7 augustus 2009 een duidelijke, ondubbelzinnige sommatie betreft als bedoeld in de Gedragscode. Uit het verzoek van Tele2, gezien in samenhang met het meegezonden schrijven van de Consumentenautoriteit, blijkt immers om welke gedragingen het gaat. Mobillion is daarnaast ook expliciet op de termijn van twee werkdagen gewezen. De Commissie stelt vast dat Tele2 ten aanzien van Mobillion en CSW de procedure ex artikel 14 van de Gedragscode op de juiste wijze heeft gevolgd. Zij is dan ook ontvankelijk in haar verzoek tot handhaving.

De inhoudelijke beoordeling van het verzoek tot handhaving

3.7 Tussen partijen staat vast dat pas op 12 augustus 2009 om 13.25 uur alle vereiste aanpassingen om de geconstateerde overtredingen ongedaan te maken waren doorgevoerd. Ook staat vast dat de dienst Funmobile niet - tijdelijk - afgesloten is geweest. De Commissie zal daar in het navolgende dan ook van uitgaan.

3.8 De Commissie ziet zich vervolgens allereerst gesteld voor de vraag of de vereiste aanpassingen tijdig zijn doorgevoerd. Bij de beoordeling van die vraag is van belang welke betekenis toekomt aan de woorden 'uiterlijk binnen twee werkdagen' in artikel 14, vierde lid, van de Gedragscode. In het bijzonder rijst de vraag wanneer deze termijn begint te lopen. Naar analogie van artikel 6:8 van de Algemene wet bestuursrecht - en zoals de Commissie inmiddels al eerder heeft vastgesteld in een eerdere uitspraak - gaat de commissie ervan uit dat de termijn begint te lopen met ingang van de eerste werkdag na de dag waarop het verzoek (de ingebrekestelling) werd verzonden.

3.9 De ingebrekestelling door Tele2 vond plaats op vrijdag 7 augustus 2009. Nu zaterdag en zondag geen werkdagen zijn, waren de eerste twee werkdagen dus maandag 10 augustus en dinsdag 11 augustus. Naar het oordeel van de Commissie hadden de overtredingen ongedaan gemaakt moeten zijn vóór het begin van woensdag 12 augustus 2009. Een redelijke uitleg van dit tijdstip brengt met zich dat heeft te gelden dat de overtredingen ongedaan hadden moeten zijn gemaakt vóór woensdag 12 augustus 2009 om 00.00 uur. Naar het oordeel van de Commissie ontbreekt enig aanknopingspunt om een dag op een ander tijdstip te laten ingaan.

3.10 Zoals hiervoor in 3.3 al is geciteerd, bepaalt artikel 14 lid 4 van de Gedragscode dat SMS-dienstverleners en Content Providers gehouden zijn om uiterlijk binnen twee werkdagen nadat de melding (lees: ingebrekestelling) is ontvangen, de betreffende SMS-dienst in overeenstemming te brengen met deze Gedragscode, dan wel de betreffende SMS-dienst af te sluiten.

3.11 Nu vaststaat (zie 3.7) dat de overtredingen pas op 12 augustus 2009 om 13.25 uur ongedaan waren gemaakt, staat dus vast dat de in de Gedragscode gestelde termijn van 2 werkdagen is overschreden. Nu bovendien vaststaat dat de dienst Funmobile gedurende de termijnoverschrijding niet afgesloten is geweest, staat tevens vast dat zowel Mobillion als CSW de Gedragscode heeft overtreden.

3.12 Artikel 16 lid 1. van de Gedragscode bepaalt dat de Commissie, indien zij tot het oordeel komt dat een gedraging in strijd is met de Gedragscode, een passende sanctie oplegt. De Commissie ziet zich thans gesteld voor de vraag wat in casu een passende sanctie is.

3.13 De Commissie zal allereerst ingaan op de ernst van overtreding. De overtreding is weliswaar relatief kort durend, en van de 16 punten zijn er 14 wel tijdig opgelost. Twee van de geconstateerde overtredingen zijn echter niet tijdig verholpen, het gaat daarbij om de volgende punten:

- 4: artikel 5.5 Code jo artikel 3 Reclamecode: uiting misleidend over de aard van de diensten, de kenmerken en het langdurige karakter van de dienst. Het leek alsof de consument door het invoeren van het telefoonnummer een gratis beltoon kon bestellen. In werkelijkheid wordt een abonnementsdienst aangeboden;

En

-16: artikel 4.1 sub e Reclamecode: gegevens van de aanbieder niet duidelijk leesbaar.

3.14 De onder punt 4 geconstateerde overtreding van de code is ernstig daar de Gedragscode uitgaat van het transparant en helder communiceren en exploiteren van een dienst zodat misleiding van de consument wordt voorkomen. Door de wijze van communiceren is door de betreffende uiting richting de gebruiker de suggestie gewekt dat een gratis ringtone werd verkregen terwijl sprake was van een abonnementsdienst. Na het melden van de overtreding heeft deze misstand langer geduurd dan de, conform de code, gestelde twee dagen. De misleiding heeft zich echter langer voorgedaan want heeft, alvorens deze werd aangemeld door Tele2, reeds daadwerkelijk in de markt gestaan. De misleidende aard, ondanks de korte duur na vaststelling van het feit, van de abonnementsdienst rekent de commissie dan ook als zwaarwegend in haar oordeel.

3.15 Daarnaast is de overtreding van punt 16 vastgesteld, het niet duidelijk leesbaar zijn van de gegevens van de aanbieder. Het is voor de consument van belang dat hij of zij in staat wordt gesteld om op eenvoudige wijze vast te stellen wie de aanbieder is, bijvoorbeeld om extra informatie te verkrijgen, met name ook in geval van klachten of onduidelijkheden betreffende een uiting of dienst. Het feit dat de schermresolutie van een site door bepaalde browsers tot gevolg heeft dat deze niet geheel zichtbaar is ziet de commissie wel als een overtreding van de code, maar zij is van mening dat in dit geval geen sprake is van misleiding van de consument waaruit ernstige schade of onduidelijkheid is ontstaan richting de consument. Wel dient ook hier de aanbieder ervoor te zorgen dat de betreffende misstand binnen de gestelde 2 dagen is opgelost.

3.16 De Commissie verwijt Mobillion het volgende. De door Mobillion aan de commissie voorgelegde argumenten om af te zien van handhaving t.a.v. de gestelde overtreding brengt de commissie tot de volgende vaststellingen. Allereerst wil de commissie een tweetal kernaspecten van de gedragscode – die door Mobillion zelf is ondertekend – benoemen. De overwegingen van de code vermelden dat partijen “.....een gedragscode zijn overeengekomen met als doel het waarborgen van rechtszekerheid en transparantie voor eindgebruikers.....”. Daarnaast stelt artikel 2 lid 1: “De partijen bij deze gedragscode verbinden zich ertoe de bepalingen van deze gedragscode na te leven”.

3.17 De door Mobillion gebruikte motivering om af te zien van verdere actie jegens CSW na het aflopen van de termijn acht de commissie onjuist. De overweging om de code tot stand te brengen en de wijze van uitvoering zijn helder. De commissie is van mening dat de in artikel 14 lid 4 overeengekomen termijn van maximaal twee dagen essentieel is in het waarborgen van rechtszekerheid en transparantie voor de eindgebruikers. De commissie hecht derhalve ook veel waarde aan het op een correcte wijze hanteren van deze termijn door de ondertekenaars van de gedragscode. De door Mobillion naar de commissie gegeven motivering om de twee restende issues na de termijn te laten voortbestaan impliceert naar het oordeel van de commissie een vorm van eigenrichting. Mobillion als SMS-dienstverlener had de betreffende dienst kunnen en moeten afsluiten. Dat mogelijkse consequenties voor meer partijen dan alleen CSW ontstaan door de wijze van contracteren komt voor rekening en risico van Mobillion. Hierbij komt nog dat gesteld noch gebleken is dat Mobillion CSW op enig moment gedurende de termijn – en zeker toen termijnoverschrijding in zicht kwam – nog eens gewezen heeft op de plicht haar dienst af te sluiten. Voor zover het thans geen dagelijkse praktijk is om meteen af te sluiten, moet het wel dagelijkse praktijk worden. Gezien de ernst van de overtreding ziet de commissie een boete op zijn plaats van na te noemen hoogte.

3.18 De Commissie verwijt CSW vooral het volgende. Zij is de partij die de betreffende

dienst exploiteert en degene geweest die de ontstane situatie niet tijdig heeft opgelost. Het had bij uitstek op haar weg gelegen om direct de dienst en haar uitingen te staken toen duidelijk werd dat ze termijn niet gingen halen. Dat 14 van de 16 punten wel waren opgelost, ziet de commissie niet als argument om de situatie in stand te laten. Dit wijst er veeleer op dat er op heel veel punten sprake was van overtreding. Zoals hiervoor al uiteengezet raakt met name punt 4 van de genoemde overtredingen de kern van de gedragscode en ziet de commissie de misleidende aard van de website als een ernstige overtreding van de gedragscode. Gezien de ernst van de overtreding ziet de commissie een boete op zijn plaats van na te noemen hoogte.

3.19 Commissie ziet geen aanleiding om te oordelen dat ofwel Mobillion ofwel CSW zich kwalijker gedragen heeft dan de ander. Daarom zal Commissie een boete van gelijke hoogte opleggen.

3.20 De Commissie merkt ten overvloede nog het volgende op. Uit het verzoek van Tele2 met de daarin genoemde punten waarop sprake was van overtredingen, lijkt te kunnen worden afgeleid dat inhoudelijk wellicht niet alleen sprake is geweest van overtredingen van de Reclamecode, maar ook van overtreding van onder meer de artikelen 9 en 10 van de Gedragscode, waarin uitgebreid is vastgelegd op welke wijze een abonnementsdienst gestart wordt en wat daartoe de aanmeldprocedure dient te zijn. Het lijkt niet uitgesloten dat hiervan ook nog sprake was na afloop van de in de Gedragscode genoemde termijn van 2 werkdagen. De door Tele2 geconstateerde overtreding 4 ("*uiting misleidend over de aard van de diensten, de kenmerken en het langdurige karakter van de dienst. Het leek alsof de consument door het invoeren van het telefoonnummer een gratis beltoon kon bestellen. In werkelijkheid wordt een abonnementsdienst aangeboden*") lijkt immers niet goed te passen binnen een op de juiste wijze uitgevoerde aanmeldprocedure. De Commissie zal niet ingaan op deze punten nu Tele2 haar klacht niet heeft gebaseerd op deze artikelen. Een en ander is dus ook niet uitgewerkt en Mobillion en CSW hebben ook niet op deze punten kunnen c.q. hoeven te reageren

4. De beslissing

De Commissie

ten aanzien van Mobillion

4.1 stelt vast dat Mobillion zich in strijd met de Gedragscode heeft gedragen;

4.2 legt Mobillion op basis van artikel 16 lid 4 sub b van de Gedragscode een boete op van € 2.000,00;

ten aanzien van CSW

4.3 stelt vast dat CSW zich in strijd met de Gedragscode heeft gedragen;

4.4 legt CSW op basis van artikel 16 lid 4 sub b van de Gedragscode een boete op van € 2.000,00.

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening op 21 december 2009 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan

de partijen op 21 december 2009.

Deze beslissing is op 11 januari 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 SMS-gedragscode,

w.g. mr. R.H. Koning, voorzitter