

## COMMISSIE HANDHAVING MOBIELE DIENSTEN

Beslissing van 7 januari 2014,

op het verzoek van het Loket zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Gedragscode SMS Dienstverlening van (laatstelijk) 1 maart 2013 (hierna: het Loket),

om te oordelen over gedragingen van:

Magnum Billing Limited,  
gevestigd te Dublin, Ierland.

Magnum Billing Limited wordt hierna verkort aangeduid met ‘Magnum Billing’

### 1. Het verzoek.

1.1 Het Loket heeft bij brief van 12 september 2013 een verzoek tot handhaving en het opleggen van sancties (hierna: het verzoek) aan Magnum Billing ingediend bij de Commissie handhaving mobiele diensten (hierna: de Commissie) wegens het schenden van (bepalingen uit) de Gedragscode SMS-Dienstverlening, versie 1 maart 2012 (hierna: de Gedragscode) en de Reclamecode SMS Dienstverlening, versie 15 mei 2011 (hierna: de Reclamecode en tezamen met de Gedragscode als ‘de Codes’) op zodanig ernstige wijze dat sanctionering gewenst is. Het verzoek is gegrond op artikel 14 van de Gedragscode. Het Loket heeft ter onderbouwing van haar verzoek een vijftal producties ingediend en onder meer het volgende gesteld.

*De gestelde overtredingen.*

1.2 Magnum Billing exploiteert onder de handelsnaam Mocha Mobile een SMS-dienst onder de naam ‘galaxy quizzy’ op shortcode 2211 via de SMS-Dienstverlener CM Telecom. De dienst omvat een website op: [www.galaxy-quizzy.com](http://www.galaxy-quizzy.com) en biedt een spel waarbij Eindgebruikers een prijs kunnen winnen na het beantwoorden van een vraag. Naast deze website is de dienst gepromoot middels zogenaamde “Push Notifications”.

1.3 Het Loket heeft op 29 mei 2013 en 8 augustus 2013 een Push Notification ontvangen van Magnum Billing. Het bericht van 29 mei 2013 luidde als volgt:

*‘Winner? Galaxy S4 or € 200 prizes! Txt GALAXY to play!’*

Na het klikken op de notificatie wordt een SMS bericht klaargezet met het keyword GALAXY en shortcode 2211.

Het bericht van 8 augustus luidde als volgt:

*‘Winnaar? iPhone 5 of € 200 aan prijzen! Stuur een SMS om mee te doen.’*

Na het klikken op deze notificatie wordt eveneens een SMS bericht klaargezet met het keyword GALAXY S4 en shortcode 2211.

Het klikken op de notificatie leidt in beide gevallen niet naar de website maar leidt direct tot het aanmaken van een SMS waarbij het benodigde keyword en de shortcode reeds zijn ingevuld. De Eindgebruiker komt derhalve niet op de website met prijsinformatie en overige informatie over aard en kenmerken van het product. Klikte de Eindgebruiker vervolgens op “Verzenden” dan ontvangt hij een SMS bericht terug waarmee €12,- bij de Eindgebruiker in rekening wordt gebracht.

- 1.4 Voornoemde diensten vormen naar oordeel van het Loket een overtreding van zowel de artikelen 5 en 8 van de Gedragscode als de artikelen 3, 4, 5 en 7 van de Reclamecode.
- 1.5 Het Loket stelt het volgende per specifiek van toepassing zijnde artikel uit de desbetreffende Codes.
- Artikel 5 lid 2 Gedragscode (de zogeheten ‘opt-in formule). Magnum Billing stuurt premium berichten zonder dat de Eindgebruiker hiervan op de hoogte is, van pro-actieve instemming is geen sprake.
  - Artikel 5 lid 5 Gedragscode. Krachtens deze bepaling uit de Gedragscode dient de Content Provider zich in alle promotionele uitingen voor SMS-diensten te houden aan de Nederlandse Reclame Code en de bijzondere Reclamecode SMS-Dienstverlening. Aangezien dit niet gebeurd is, is daarmee eveneens artikel 5 lid 5 van de Gedragscode geschonden.
  - Artikel 8 sub a Gedragscode. Dit artikel wordt geschonden doordat in de stappen die de Eindgebruiker doorloopt, ook na het versturen van de SMS, hij niet geïnformeerd wordt over de prijs van de afgenomen dienst.
  - Artikel 3 Reclamecode. Door prijs en aard van het product niet te communiceren misleidt Magnum Billing de Eindgebruiker. Deze kan niet weten dat meedoen aan de prijstrekking €12,- kost.
  - Artikel 4 lid 1 sub a en sub c Reclamecode. De Eindgebruiker wordt in strijd met deze artikelliden niet geïnformeerd over het feit dat de dienst een betaalde SMS-dienst betreft, evenmin worden de voornaamste kenmerken gecommuniceerd.
  - Artikel 4 lid 1 sub f en i Reclamecode. Deze artikelliden worden overtreden doordat de kosten en de leverende entiteit niet worden vermeld.
  - Artikel 5 Reclamecode. In strijd met dit artikel ontbreekt op ieder moment in de flow het verplichte logo voor een eenmalige dienst.
  - Artikel 7 Reclamecode. Dit artikel schrijft een aantal diverse verplicht te communiceren zaken voor welke zonder uitzondering bij deze diensten niet gecommuniceerd zijn.

#### *Het verloop van handhaving door het Loket.*

- 1.8 Het Loket heeft in beide gevallen gehandhaafd. In het eerste geval heeft het Loket een handhavingsmail verzonden op 29 mei 2013. Op 30 mei 2013 heeft de SMS dienstverlener CM Telecom aan het Loket bericht dat de dienstverlening is gestaakt. In het tweede geval is door het Loket een handhavingsmail gestuurd op 19 augustus 2013 met de sommatie de dienstverlening te staken en een *refund* actie uit te voeren. Nadat op 20 augustus 2013 door het Loket tevens gevraagd is om de webserver logs van de site en de SMS-gegevens heeft Magnum Billing wel de SMS-logs beschikbaar gesteld maar niet de webserver logs.

*De grondslag van het verzoek.*

- 1.9 Magnum Billing misleidt doelgericht Eindgebruikers en maakt gebruik van een promotiemethode die ver over de grenzen van de Codes heen gaat. De Nederlandse operatoren zien dit eveneens als een Ernstige Overtreding. Daarnaast wordt een overtreding waarop eerder is gehandhaafd enkele weken later wederom op vergelijkbare wijze gepleegd. Het verweer dat dit een notificatie is die 'is blijven hangen' snijdt geen hout. Het keyword is immers anders evenals de tekst van de advertentie.

*De verzochte sancties.*

- 1.10 Het Loket verzoekt de Commissie om over te gaan tot oplegging van sancties aan Magnum Billing op grond van artikel 16 van de Gedragscode en daarbij de volgende sancties te overwegen:
- een boete conform artikel 16 lid 4 sub c Gedragscode,
  - restitutie van alle getroffen Eindgebruikers, conform artikel 16 lid 4 sub 9 Gedragscode. Daarbij dient te worden aangetekend dat Magnum Billing de 06 nummers van de getroffen Eindgebruikers kent en derhalve deels zelf een *refund*-actie kan uitvoeren. Dit onder begeleiding van het Loket. In het geval dat de Commissie oordeelt dat een *refund* onderdeel van de sanctie is, verzoekt het Loket Magnum Billing te veroordelen tot het betalen van de kosten voor de *refund* die eventueel via de Operators wordt uitgevoerd;
- en,
- plaatsing op de zwarte lijst, conform artikel 16 lid 4 sub d en e en sub i Gedragscode van Anna Mulvee en Niel Mulvee, bestuurders/aandeelhouders van Magnum Billing.

**2. Het verweer.**

- 2.1 Magnum Billing heeft geen verweer gevoerd.

**3. De beoordeling.**

*De bevoegdheid van de Commissie.*

- 3.1 De Commissie houdt het ervoor dat aangezien Magnum Billing via CM Telecom op de Nederlandse markt actief is zij gebonden is aan de Codes. Daarmee staat de bevoegdheid van de Commissie in beginsel vast. Daarbij overweegt de Commissie dat bij de door het Loket overlegde stukken een e-mail zit (van 22 augustus 2013) waaruit blijkt dat Magnum Billing zich bewust was van het voornemen van het Loket om een verzoek tot handhaving bij de Commissie in te dienen. Uit deze mail blijkt tevens dat Magnum Billing daar op dat moment in berust heeft. Vervolgens heeft zij aan (het secretariaat van) de Commissie laten weten, bij mail van 13 september 2013, dat zij een procedure voor de Commissie niet betwist.
- 3.2 De Commissie zal het verzoek beoordelen op basis van de reclamecode versie 15 mei 2011 en de Gedragscode van 1 maart 2012 conform het verzoek van het Loket. De Commissie merkt op dat weliswaar per 1 maart 2013 een nieuwe versie van de

Gedragscode gepubliceerd is maar dat deze (slechts) de opvolgende versie betreft van de desbetreffende code en overigens de van toepassing zijnde bepalingen ongewijzigd zijn overgegaan naar de versie van 1 maart 2013.

*De ontvankelijkheid van het verzoek.*

- 3.3 Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het verzoek stelt de Commissie vast dat het verzoek overeenkomstig artikel 14 lid g Gedragscode tijdig is ingediend voor zover het de tweede geconstateerde uiting betreft (van 8 augustus 2013). Het Loket heeft hierop op 19 augustus 2013 een handhavingsmail gestuurd zodat de datum van het indienen van het verzoek (te weten 12 september 2013) binnen de daartoe gestelde termijn van 4 weken valt. Voor het overige voldoet het verzoek aan de vereisten van artikel 1 van het reglement zodat de Commissie geen aanleiding ziet om te oordelen dat het verzoek niet ontvankelijk is.
- 3.4 Aangezien de eerste geconstateerde overtreding (van 29 mei 2013) niet ten grondslag gelegd is aan het handhavingsverzoek zal de Commissie deze uiting buiten beschouwing laten. De Commissie overweegt daartoe dat het Loket om haar moverende redenen het verzoek niet onderbouwd heeft met de stelling dat er sprake is geweest van meerdere overtredingen met een structureel karakter in de zin van artikel 16 lid 3 van de Gedragscode.

*De inhoudelijke beoordeling.*

- 3.4 Magnum Billing heeft geen inhoudelijk verweer op het aan hem verzonden verzoek ingediend. De Commissie stelt daarom vast dat krachtens artikel 2 lid 2 van het Reglement handhaving Gedragscode SMS dienstverlening en Gedragscode voor betaalde mobiel internet diensten (hierna: het reglement) Magnum Billing wordt geacht de in het verzoek gestelde overtredingen te hebben begaan. De Commissie zal thans beoordelen of – en op welke wijze – sanctionering geboden is.
- 3.5 Krachtens artikel 16 lid 3 van de Gedragscode kan de Commissie, voor zover relevant, een strafmaatregel opleggen indien overtredingen van de Gedragscode wel op eerste aanzegging ongedaan zijn gemaakt, maar er sprake is van een ernstige overtreding (in de zin van artikel 1 van de Gedragscode). Een ernstige overtreding in de zin van artikel 1 van de Gedragscode wordt gevormd door een duidelijk aantoonbare significante overtreding (een excès) van de Gedragscode waarbij er sprake is van opzet dan wel nalatigheid.
- 3.7 De Commissie overweegt ten deze dat de overtreding van zoals beschreven door het Loket en hiervoor specifiek weergegeven onder 1.5 maakt dat er naar het oordeel van de Commissie sprake is van een ernstige overtreding in de zin van artikel 1 van de Gedragscode. De Commissie acht daarbij in het bijzonder van belang het feit dat de Eindgebruiker niet bekend gemaakt wordt dat en in welke mate hij een prijs gaat betalen voor deelname aan een quiz. De Commissie acht het in deze voorts relevant dat de Operators de op 8 augustus 2013 door het Loket geconstateerde overtreding als ernstig hebben gekwalificeerd.

- 3.8 Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat er op grond van het hiervoor aangehaalde artikel 16 lid 3 van de Gedragscode een strafmaatregel aan Magnum Billing opgelegd kan worden. De Commissie dient vervolgens te beoordelen welke strafmaatregel aangewezen is.
- 3.9 Het Loket verzoekt om over te gaan tot oplegging van de volgende sancties:
- een boete conform artikel 16 lid 4 sub c Gedragscode,
  - restitutie van alle getroffen Eindgebruikers, conform artikel 16 lid 4 sub g Gedragscode,
  - en
  - plaatsing op de zwarte lijst, conform artikel 16 lid 4 sub d en e en sub i Gedragscode.
- 3.10 De door het Loket verzochte sancties komen de Commissie niet onrechtmatig of ongegrond voor zodat deze zullen worden toegewezen, met dien verstande dat de Commissie het opleggen van de boete op artikel 16 lid 4 sub b zal baseren. Magnum Billing zal tevens veroordeeld worden in de kosten van deze procedure. De Commissie overweegt ten deze nog dat in geval van een ernstige overtreding uit het systeem van de Codes voortvloeit dat sanctionering geboden is, ook indien een partij reeds overgegaan is tot het uitvoeren van een refund, hetgeen Magnum Billing in haar voornoemde bericht van 13 september 2013 zegt te doen. In haar beslissing zal de Commissie wel rekening houden met een eventueel reeds verrichtte restitutie.

#### **4. De beslissing.**

De Commissie

- 4.1 stelt vast dat Magnum Billing zich in strijd met de SMS-Gedragscode en de daaraan gekoppelde Reclamecode SMS-Dienstverlening heeft gedragen;
- 4.2 legt bij wijze van strafmaatregel aan Magnum Billing een boete op van €25.000,--;
- 4.3 verplicht Magnum Billing tot het schadeloosstellen van alle Eindgebruikers, middels het terugbetalen van de van hen ontvangen abonnementsgelden (een *refund*), voor zover deze refund niet reeds heeft plaatsgevonden. Indien Eindgebruikers schadeloos gesteld zijn (of worden) door een Operator is Magnum Billing gehouden de kosten daarvan aan de Operator te vergoeden;
- 4.4 verbiedt Magnum Billing en de natuurlijke personen die als bestuurders aan Magnum Billing zijn verbonden ex artikel 16 lid 4 sub e gedurende een half jaar na de datum van deze uitspraak om SMS-diensten aan Eindgebruikers aan te bieden;

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Mobiele Diensten op 7 januari 2014 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen op 7 januari 2014.

Deze beslissing is op dezelfde dag toegezonden aan het bestuur van de Stichting Gedragscode Mobiele Diensten, die zal zorgdragen voor een zo spoedig mogelijke publicatie van de beslissing op haar website.

Namens de Commissie Handhaving Mobiele Diensten,  
w.g. mr. Th. Van Essen