

COMMISSIE HANDHAVING MOBIELE DIENSTEN Beslissing van 3 juli 2012 op het verzoek van het Loket zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Gedragscode SMS Dienstverlening van 1 maart 2012 (hierna het Loket)

om te oordelen over gedragingen van

1. Funmobile 8383 Ltd
2. Wireless Solutions Europe Ltd.
3. Moboo Digital Marketing Ltd.

Allen handelend onder de naam Mobiele-spel-beltonen.com (hierna allen te noemen: Mobiele-spel-beltonen)

Het onderhavige verzoek wordt beoordeeld aan de hand van de regels die golden ten tijde van de bestreden gedragingen die door het Loket zijn geconstateerd in april, juni, juli 2011 en januari en maart 2012. Dientengevolge wordt in het navolgende met de “SMS-Gedragscode” de Gedragscode SMS-Dienstverlening van 10 december 2009 (in werking getreden op 1 maart 2010) bedoeld voor gedragingen tot 1 juli 2011 en de Gedragscode SMS-Dienstverlening van 16 mei 2011 (in werking getreden op 1 juli 2011) voor gedragingen die op of na 1 juli 2011, maar voor 1 januari 2012 hebben plaatsgevonden. Voor gedragingen die hebben plaatsgevonden tussen 1 januari 2012 en 1 maart 2012 wordt de Gedragscode SMS-dienstverlening bedoeld van 1 januari 2012. Voor gedragingen die hebben plaatsgevonden na 1 maart 2012 wordt de Gedragscode SMS-Dienstverlening bedoeld van 1 maart 2012. Met de ‘Reclamecode SMS-dienstverlening’ wordt bedoeld de Reclamecode die op 1 april 2009 in werking trad voor gedragingen die plaats vonden voor 15 mei 2011 en de Reclamecode die in werking trad op 15 mei 2011 voor gedragingen op of na deze datum.

2. De gestelde gedragingen en de reacties

2.1 Het Loket heeft bij brief van 16 april 2012 een verzoek tot handhaving ingediend bij de Commissie. Volgens het Loket zouden de diensten van Mobiele-spel-beltonen niet voldoen aan de SMS- Gedragscode en de Reclamecode SMS-dienstverlening (hierna: Reclamecode) en zou het een herhaling betreffen van reeds eerder begane overtredingen bij soortgelijke diensten.

2.2 Er worden met betrekking tot vijf door het Loket onderzochte campagnes aan Mobiele-spel-beltonen overtredingen van de Reclamecode en SMS-Gedragscode verweten. Hierbij gaat het per campagne om de volgende overtredingen:

2.3 Gratis beltoon

Naar het oordeel van het Loket is deze internet campagne, waarvan schermafdrucken van 18 april 2011 zijn overgelegd, misleidend. De volgende artikelen van de Reclamecode, in werking getreden op 1 april 2009, worden overtreden: artikelen 3.1, 3.2, 3.3, 4.3 en 5. Daarnaast worden de artikelen 9, 10 en 11 van de Gedragscode overtreden. Mobiele-spel-beltonen promoot de dienst als een gratis ringtone, waarbij het daadwerkelijke product dat geleverd wordt een abonnement is waarvoor wekelijks €12,- moet worden betaald. De vermelding dat er een gratis ringtone kan worden verkregen door het woord GIFT te sturen wordt slechts in kleine lettertjes onderaan de uiting vermeld en derhalve niet met voldoende nadruk. Mobiele-spel-beltonen misleidt eindgebruikers omdat deze onvoldoende worden geïnformeerd over de aard, kenmerken en de kosten van het product. De indruk wordt gewekt dat het daadwerkelijk om een gratis ringtone gaat door de oproep om OK te sturen. Ook in de call to action wordt vermeld dat het om een gratis ringtone gaat. De aanmeldbevestiging zoals bedoeld in artikel 11 van de SMS-Gedragscode en artikel 7.8 van de Reclamecode wordt omzeild door het oproepen tot het sturen van een SMS met daarin OK op de laatste pagina van de uiting. Hierdoor is het verstuurd OK geen reactie meer op de ontvangen SMS

waarin staat dat het een abonnement betreft waaraan kosten zijn verbonden. De aanmeldbevestiging is verplicht om de eindgebruiker actief hierop te laten reageren, aangezien juist hierin de kosten zichtbaar worden gemaakt.

2.4 Beste beltoon service

Met deze internet campagne, die het Loket heeft geconstateerd op 19 juli 2011, worden de artikelen 3.3, 7.8 en 7.9 van de Reclamecode overtreden. Daarnaast worden de artikelen 9, 10 en 11 van de SMS-Gedragscode van 15 mei 2011 overtreden. Met deze uiting wordt een polyfoon beltoon abonnement gepromoot. De eindgebruiker wordt misleid doordat deze onvoldoende op de hoogte wordt gesteld van de aard, kenmerken en kosten van de dienst. Slechts in kleine lettertjes wordt duidelijk gemaakt dat het gaat om een Poly-Beltonen abonnement. Daarnaast wordt de aanmeldbevestiging omzeild door een oproep op de laatste pagina van de uiting. Hierdoor is het verstuurd OK geen reactie meer op de ontvangen SMS waarin staat dat het een abonnement betreft waaraan kosten zijn verbonden. Het loket stelt dat de overtreder geen beroep kan doen op de aanmeldbevestiging, nu deze door misleiding is verkregen.

2.5 Engel of Duivel

Het betreft een liefdespersoonlijkheidstest met een abonnement voor €12,-- per week. Het loket heeft deze uiting geconstateerd op 15 juni 2011. Bij het verzoek zijn schermafdrucken overgelegd. De volgende artikelen van de Reclamecode worden overtreden: artikelen 3.1 tot en met 3.4, 4.1, 4.2, 5.1 en 7.8. Daarnaast worden de artikelen 9, 10 en 11 van de SMS-Gedragscode overtreden. Het lijkt een persoonlijkheidsquiz, maar het is een horoscoop abonnement. Voor eindgebruikers zijn de aard, het karakter en de prijs van de dienst onvoldoende duidelijk, waardoor zij misleid worden. Er ligt onvoldoende nadruk op het abonnementskarakter. De vereisten genoemd in artikel 4.1 van de Reclamecode ontbreken grotendeels. Het verplichte logo genoemd in artikel 5.1 van de Reclamecode ontbreekt. Er worden afkortingen gebruikt. Daarnaast wordt de aanmeldbevestiging omzeild door een oproep op de laatste pagina van de uiting. Hierdoor is het verstuurd OK geen reactie meer op de ontvangen SMS waarin staat dat het een abonnement betreft waaraan kosten zijn verbonden. Het loket stelt dat de overtreder geen beroep kan doen op de aanmeldbevestiging, nu deze door misleiding is verkregen.

2.6 Win een iPad 2

Deze campagne is geconstateerd op 14 oktober 2011. De campagne toont een iPad met de mogelijkheid er één te winnen. De campagne overtreedt de volgende artikelen van de Reclamecode: artikelen 3.1 tot en met 3.4, 4.1, 5 en 7.8. Daarnaast worden de artikelen 7,9, 10 en 11 van de SMS-Gedragscode overtreden. De dienst wordt gepromoot als een mogelijkheid om een iPad te winnen, terwijl het gaat om een SMS abonnement. De eindgebruiker wordt misleid doordat onvoldoende duidelijk is wat het karakter, de aard en de prijs van de dienst zijn. Daarnaast wordt de aanmeldbevestiging omzeild door een oproep op de laatste pagina van de uiting. Hierdoor is het verstuurd OK geen reactie meer op de ontvangen SMS waarin staat dat het een abonnement betreft waaraan kosten zijn verbonden. Het loket stelt dat de overtreder geen beroep kan doen op de aanmeldbevestiging, nu deze door misleiding is verkregen. Dit leidt er ook toe dat de berichten ongewenst zijn en een vorm van premium spam betreffen en artikel 7 van de SMS-Gedragscode wordt overtreden.

2.7 Genie of Idioot

Deze uiting is door het loket geconstateerd op 26 maart 2012 en betreft een IQ tips abonnement van €12,-- per week. Het loket heeft schermafdrucken bij het verzoek gevoegd. Ook met betrekking tot deze uiting overtreedt Mobiele-spel-beltonen de Reclamecode en de SMS-gedragscode. Als de eindgebruiker een abonnement afsluit, ontvangt hij 8 tips per week van €1,50 per tip. Inhoudelijk zijn de tips ogenschijnlijk totale onzin. Het is niet het product dat de eindgebruiker mag verwachten

op basis van de uiting dat het gaat om een training voor het brein. Er is sprake van misleiding. De minimale duur van het abonnement wordt niet vermeld net zoals de voornaamste kenmerken van het product. Het verplichte logo ontbreekt. De eindgebruiker beseft niet waar hij zich voor aanmeldt. Het loket stelt dat de overtreder geen beroep kan doen op de aanmeldbevestiging, nu deze door misleiding is verkregen. Daarnaast voorkomt de overtreder niet dat de uiting wordt geplaatst op sites gericht op jongeren, aangezien de overtreder geen restricties vermeldt in de advertentie.

2.8 Mobiele-spel-beltonen heeft de overtredingen begaan in april, juni en juli 2011 en in januari en maart 2012 en is hier op aangesproken door het Loket. Mobiele-spel-beltonen heeft telkens gereageerd en in een aantal gevallen de uiting offline gezet of aangepast.

2.9 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.

2.10 Mobiele-spel-beltonen heeft op 3 mei 2012 een verweerschrift ingediend en stelt zich op het standpunt dat bij geen van de advertenties de overtredingen zijn begaan en dat de dubbel opt-in procedure niet is omzeild. Het is volgens Mobiele-spel-beltonen niet mogelijk dat een eindgebruiker al geregistreerd is als abonnee voordat deze de SMS heeft ontvangen waarin de kosten en instructies zijn vermeld.

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-Gedragscodes van 10 december 2009, 16 mei 2011, 1 januari 2012 en 1 maart 2012 in verbinding met de Reclamecode SMS-dienstverlening die in werking trad op 1 april 2009 en 15 mei 2011.

Ontvankelijkheid

3.1 Artikel 14 van de SMS-Gedragscode van 1 maart 2012 luidt – voor zover hier van belang – als volgt:
e) Het Loket bepaalt of de gedraging in strijd is met de Gedragscode en zal, indien zij (sic) 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 SMS- dienst op te schorten of af te sluiten zodat de overtreding van de Gedragscode binnen twee werkdagen beëindigd wordt, en/of
 - (ii) de betreffende SMS dienstverlener een kopie van de overtreding geven indien de overtredende partij een Content Provider is, en/of
 - (iii) in geval van een duidelijk aantoonbare overtreding en in geval de dienst niet binnen de twee werkdagen termijn is aangepast door de overtreder, deze overtreder opdragen te stoppen met het promoten van de betreffende dienst, de betreffende SMS-dienst op te schorten of af te sluiten, en/of
 - (iv) in de situatie zoals omschreven in artikel 14, sub e onder (iii) kan het Loket ook de SMS-Dienstverlener opdragen ervoor zorg te dragen dat de betreffende SMS-dienst wordt opgeschort of wordt afgesloten.
- f) De SMS-Dienstverleners zijn verantwoordelijk voor het up-to-date-houden van de contact gegevens van de Content Providers bij het Loket.
- g) Voorts zal 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 vier 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 zal het Loket een verzoek tot handhaving indienen bij de Commissie Handhaving in geval van overtreding van de SMS-Gedragscode binnen vier weken na de laatste overtreding, zoals verder bepaald in artikel 15 en 16 van de Gedragscode.

3.2 Het Loket heeft aangevoerd dat het verzoek is gebaseerd op herhaalde overtredingen en verzoekt om oplegging van een sanctie ingevolge artikel 16 van de SMS-Gedragscode, waarvan de tekst in de genoemde versies van de Gedragscodes identiek is. De Commissie ontvangt het Loket in zijn handhavingsverzoek, nu het is ingediend binnen de termijn van vier weken na de bestreden gedraging als gesteld in artikel 14 sub g van de SMS-Gedragscode.

De inhoudelijke beoordeling van het verzoek tot handhaving

3.3 Tussen partijen staat vast dat alle vereiste aanpassingen om de geconstateerde overtredingen ongedaan te maken tijdig waren doorgevoerd, uitgezonderd het verzoek van 28 maart 2012 waarbij werd verzocht om te stoppen met het versturen van premium berichten en het billen van eindgebruikers. De Commissie ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of niettemin een sanctie kan worden opgelegd op grond van artikel 16, derde lid, van de SMS-Gedragscode. Volgens deze bepaling kan de Commissie ook een straf opleggen indien overtredingen van de Gedragscode weliswaar op eerste aanzegging ongedaan zijn gemaakt, maar er sprake is van het meerdere malen overtreden van de Gedragscode, zodanig dat het overtreden een *structureel* karakter krijgt. Daarvan is onder meer sprake wanneer achtereenvolgende overtredingen op het gebied van reclame zijn toe te rekenen aan één en dezelfde partij.

3.3 Onbetwist is dat het Loket een aantal overtredingen heeft geconstateerd. Onbetwist is ook dat het Loket deze heeft gemeld bij de overtreder, zodat 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 telkens tijdig aangesproken en opgedragen de dienstverlening onmiddellijk te staken of aan te passen. Hierop heeft Mobiele-spel-beltonen steeds gereageerd door de gevraagde aanpassingen door te voeren of de dienstverlening te staken, uitgezonderd voor wat betreft het verzenden van Premium SMS berichten. Reeds hieruit maakt de Commissie op dat Mobiele-spel-beltonen de overtredingen erkent. Mobiele-spel-beltonen heeft immers nagelaten binnen dertig dagen beroep in te stellen bij de Commissie tegen de bedoelde opdrachten, welke rechtsmiddel openstond op grond van artikel 14 sub i) van de Gedragscode.

3.4 De Commissie is van oordeel dat de overtredingen zijn toe te rekenen aan de gedaagden, die gezamenlijk handelen onder dezelfde handelsnaam. De Commissie constateert dat alle gedaagden dezelfde content gebruiken, zodat ze gezamenlijk verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor de geconstateerde overtredingen. De Commissie is verder van oordeel dat er sprake is van een structurele overtreding, nu de gedragingen steeds betrekking hebben op vergelijkbare overtredingen van de Reclamecode en de SMS-Gedragscode. Hieraan doet niet af dat Mobiele-spel-beltonen steeds meewerkt aan het verhelpen van de overtredingen en het verschillende campagnes betreft.

3.5 De Commissie stelt vast dat Mobiele-spel-beltonen is doorgedaan met het verzenden van content naar abonnees, ook na door het Loket te zijn aangesproken op de door hen begane overtredingen. Mobiele-spel-beltonen is ook doorgedaan met het innen van gelden bij de abonnees voor deze aan

hen verzonden content. Mobiele-spel-beltonen heeft hierdoor dus gelden ge-ind die door misleiding inbaar zijn geworden. De Commissie rekent dit Mobiele-spel-beltonen zwaar aan; deze voortzetting van benadeling van eindgebruikers weegt mee bij de hoogte van de op te leggen sanctie.

- 3.6 De Commissie is van oordeel dat er sprake is van ernstige misleiding, omdat aan eindgebruikers een prijs of een test in het vooruitzicht werd gesteld, zonder dat voldoende duidelijk werd dat het om een betaald abonnement ging. Het verweer van Mobiele-spel-beltonen dat de dubbele aanmeldbevestiging niet is omzeild verwerpt de Commissie. Door op het laatste scherm van de uiting op de website te verzoeken om OK te sturen naar 9555 werd de eindgebruiker misleid ten aanzien van de aard en de kosten van het product. Op de website wordt immers aangegeven dat het om gratis producten gaat. De commissie acht bewezen dat Mobiele-spel-beltonen slechts uit was op eigen financieel gewin, aangezien zij steeds haar beleid niet heeft aangepast hoewel zij herhaaldelijk door het Loket werd gecorrigeerd. De Commissie rekent dit Mobiele-spel-beltonen als gezegd zwaar aan. De Commissie rekent het Mobiele-spel-beltonen ten slotte aan dat zij in het geheel geen aanpassing van de dienst heeft doorgevoerd toen het Loket verzocht om geen premium SMS berichten meer te sturen. Hierdoor kunnen er nog steeds eindgebruikers gedupeerd worden.
- 3.7 De Commissie wijst er ook nog op dat, op grond van het bepaalde in artikel 13 lid 1 sub c van de Gedragscode, de hiervoor vastgestelde schending van de Gedragscode met zich brengt dat Mobiele-spel-beltonen gehouden is de eindgebruikers die zich met een klacht tot hun operator hebben gewend of nog zullen wenden schadeloos te stellen. De Commissie geeft de Stichting Gedragscode Mobiele Diensten in overweging om er alles aan te doen om op actieve wijze eindgebruikers op de hoogte te brengen van de mogelijkheid tot schadeloosstelling.
- 3.8 Gezien de ernst van de misleiding, en teneinde te voorkomen dat nog meer eindgebruikers mogelijkserwijs gedupeerd raken, zal de Commissie besluiten dat Mobiele-spel-beltonen en haar bestuurders gedurende een periode van een half jaar op de zwarte lijst worden geplaatst als bedoeld in artikel 16, lid 4 onder e, van de Gedragscode.
- 3.9 Alle omstandigheden in aanmerking genomen, in het bijzonder de aard en omvang van de overtredingen, legt de Commissie naast plaatsing op de zwarte lijst en de verplichting tot schadeloosstelling van eindgebruikers aan Mobiele-spel-beltonen een boete op van €65.000,-- te betalen binnen veertien dagen na factuurdatum zonodig te innen via beslaglegging bij de SMS dienstverleners.

4. De beslissing

De Commissie

- 4.1 stelt vast dat Mobiele-spel-beltonen zich in strijd met de SMS-Gedragscode en de daaraan gekoppelde Reclamecode SMS-Dienstverlening heeft gedragen;
- 4.2 wijst Mobiele-spel-beltonen op haar verplichting ex artikel 13 lid 1 sub c van de Gedragscode om de eindgebruikers die hebben geklaagd of zullen klagen over het onterecht ontvangen van betaalde diensten van Mobiele-spel-beltonen schadeloos te stellen;
- 4.3 geeft de Stichting Gedragscode Mobiele Diensten in overweging om op actieve wijze eindgebruikers te informeren over de mogelijkheid tot schadeloosstelling;

4.4 stelt vast dat Mobiele-spel-beltonen verantwoordelijk is voor de terugbetaling aan de eindgebruikers in de hiervoor onder 4.2 genoemde gevallen;

4.5 legt bij wijze van strafmaatregel aan Mobiele-spel-beltonen een boete op van €65.000,--;

4.6 verbiedt Mobiele-spel-beltonen en de natuurlijke personen die als bestuurders aan Mobiele-spel-beltonen zijn verbonden ex artikel 16 lid 4 sub e om gedurende een half jaar na de datum van deze uitspraak SMS-diensten aan eindgebruikers aan te bieden;

4.7 bepaalt dat er geen aanleiding is Mobiele-spel-beltonen te veroordelen in de kosten van deze procedure.

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Mobiele Diensten op 3 juli 2012 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen op 4 juli 2012.

Deze beslissing is op 3 juli 2012 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. R.H. Koning, voorzitter