

COMMISSIE HANDHAVING MOBIELE DIENSTEN

Beslissing van 12 februari 2015,

op verzoek van het Loket van de Stichting Gedragscodes Mobiele Diensten, zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Gedragscode voor Betaalde Mobiel Internet diensten van (laatstelijk) 1 april 2014 (hierna: het Loket),

om te oordelen over gedragingen van:

BUONGIORNO FRANCE SAS,
gevestigd te Parijs, Frankrijk.

Buongiorno France SAS wordt hierna verkort aangeduid met ‘verweerster’.

De mondelinge behandeling van de zaak heeft plaats gehad ter zitting van de Commissie Handhaving Mobiele Diensten (hierna: de Commissie) van 18 december 2014, gehouden te Utrecht. Aldaar zijn verschenen en gehoord gemachtigden van het Loket (verzoeker) de heer F.T. van Rotterdam en mw. mr. A.L.T. van Vught (advocaat) en voor verweerster mw. F. Lefebvre (country manager), mw. A. Durand (business manager) en de heer W. Dimonte (legal counsel), vergezeld door mw. J. van der Nes en mw. S. Heil, beiden van Target Media.

Ter zitting hebben partijen hun standpunten toegelicht. De Commissie heeft vervolgens bepaald uitspraak te zullen doen op basis van de door partijen overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting.

1. Het verzoek.

1.1 Het Loket heeft bij brief van 28 oktober 2014 een verzoek tot handhaving en het opleggen van sancties (hierna: het verzoek) aan verweerster ingediend bij de Commissie wegens het schenden van (bepalingen uit) de Gedragscode voor Betaalde Mobiel Internet Diensten, versies 1 maart 2013 en 1 april 2014 – hierna: de Gedragscode(s) MID. Het verzoek is gegrond op artikel 18 van de Gedragscode MID. Het Loket heeft ter onderbouwing van haar verzoek producties ingediend (genummerd 1 – 8b).

De gestelde overtredingen.

1.2 Verweerster exploiteert een tweetal games-abonnementen onder de namen Playplanet en Gamifive waarbij de abonnee voor € 3,50 of € 5,- per week toegang heeft tot diverse spellen, ofwel deze kan downloaden. Dit verzoek heeft betrekking op diverse reclame-uitingen die verweerster gebruikt heeft om abonnees te werven.

1.3 Het Loket heeft sedert september 2013 zeven maal een verzoek om aanpassing van verschillende uitingen c.q. wijziging van de dienstverlening aan verweerster gericht. Dit met name omdat deze uitingen volgens het Loket steeds misleidend waren in de zin van artikel 3 van de Gedragscode MID. Telkens is verweerster overgegaan tot aanpassing/staking van de betreffende uiting, doch het merendeel van de abonnementen met eindgebruikers die op grond van de misleidende uitingen is afgesloten, is blijven

voortbestaan. Bovendien constateerde het Loket dat steeds binnen afzienbare tijd een nieuwe uiting volgde die opnieuw niet voldeed aan de Gedragscodes, zodat sprake was van een structureel patroon van overtreding van de Gedragscodes. Daarnaast heeft het Loket reeds in oktober 2013, in antwoord op een vraag van verweerster, aan verweerster geschreven dat het niet is toegestaan om vanuit een banner direct het bevestigingsscherm te tonen. Verweerster was volgens het Loket derhalve bekend met het feit dat deze wijze van werving van abonnees in strijd is met de Gedragscode MID.

Het verloop van handhaving door het Loket.

1.4 Concreet gaat het om de volgende momenten waarop het Loket heeft geacteerd, met daarbij een verkorte weergave van de door het Loket weergegeven aard van de overtreding en het handhavingstraject.

1. CR1936 – Playplanet. Handhaving door het Loket richtte zich met name op het onvoldoende communiceren van aard, prijs en kenmerken van het product. De prijs wordt slechts in kleine letters bovenaan vermeld, in het kleurrijke middendeel wordt de nadruk sterk gelegd op het downloaden van de games. Hierdoor kan een Eindgebruiker eenvoudig de indruk hebben slechts eenmalig een game te downloaden. Dit is in strijd met artikel 3 Gedragscode MID. Tevens zijn op het bevestigingsscherm de knoppen niet naast elkaar geplaatst maar boven elkaar. Aangezien de knop annuleren hiermee uit beeld valt bij kleinere schermen, blijft alleen de knop Akkoord in beeld. Dit is in strijd met artikel 15.2.8 Gedragscode MID. Handhaving op 27 september 2013 met deadline 1 oktober, 4 oktober (verdere) aanpassing doorgevoerd.

2. CR1974 – Gamefive Portal. Ontbreken van prijsinformatie. Daarnaast wordt de dienst gepresenteerd op een vergelijkbare wijze als de app-stores. Hierdoor kan een Eindgebruiker er van overtuigd zijn een eenmalige aankoop te doen tegen een gering bedrag. Door gebruik van de knop ‘Speel nu’ wordt de indruk versterkt dat het om een eenmalig spelletje gaat. Handhaving op 5 november 2013 met deadline 7 november 2013, bevestiging aanpassing op 7 november 2013.

3. CR2147 – Gamefive Portal. Vergelijkbaar met CR1974. Ontbreken prijsinformatie. Tevens ontbreekt de link om af te melden conform artikel 16.7 Gedragscode MID. Handhaving op 23 januari 2014 met deadline 27 januari 2014, bevestiging aanpassing op 27 januari 2014.

4. CR2456 – Playplanet. Binnen gratis applicaties kunnen full-page banners worden geplaatst. Een normale flow bij deze wijze van adverteren is het tonen van een wervende banner die vervolgens naar een productpagina leidt, waarop de aankoop kan worden gedaan. Op deze productpagina wordt het product dan uiteengezet en wordt informatie gegeven over de prijs, het karakter van een eenmalige of abonnementsdienst e.d. Verweerster laat haar product niet promoten door een tussenkomend scherm maar toont direct het bevestigingsscherm zonder tussenkomst van banner en productpagina. Handhaving op 24 juni 2014 met deadline 26 juni 2014. 2 juli 2014 bevestiging aanpassing, de werving wordt stopgezet en per 28 juli 2014 stopt verweerster met *billen* abonnees die via deze uiting geworven zijn.

5. CR2509 – Banner reclame. Overtreding gelijk aan de vorige (CR2456). Wederom wordt slechts het bevestigingsscherm getoond in een Full Page Banner campagne. Handhaving vindt plaats binnen twee dagen na starten van de campagne op 4 september 2014 met deadline 8 september 2014. Hierdoor is het aantal abonnees beperkt gebleven tot zeven. Bevestiging staking campagne op 4 september 2014. *Billing* naar deze abonnees is niet gestaakt.

6. CR2727 – Banner reclame. Hier wordt een full page banner getoond waarna men direct op het bevestigingsscherm komt. De prijs wordt vermeld op de banner maar is dermate klein en onopvallend dat een Eindgebruiker dit niet zal zien. De overige kenmerken, waaronder het feit dat dit een abonnement betreft, ontbreken eveneens. Daarnaast ontbreekt door deze flow de wettelijk verplichte informatie. Deze overtreding is geconstateerd kort na de hiervoor genoemde overtreding. Handhaving op 24 september 2014 met deadline 26 september 2014. Bevestiging op 26 september 2014 met staking van de campagne.

7. CR2734 – Banner reclame. In oktober 2014 worden twee uitingen geconstateerd waar reeds eerder op gehandhaafd is. Ook hier wordt de Eindgebruiker direct het bevestigingsscherm getoond, zonder tussenkomst van een landingspagina met de vereiste informatie. Door de opzet van de banner, is het te verwachten dat de Eindgebruiker verwacht een eenmalige download te doen van een spel. Dat met deze aankoop een betaald abonnement wordt afgesloten op een site met spellen, wordt sterk onvoldoende gecommuniceerd. Handhaving op 14 oktober 2014, uiting gestaakt per 21 oktober 2014.

De grondslag van het verzoek.

1.5 Het Loket acht een uitspraak over de gedragingen van verweerster gewenst vanwege structureel overtreden van de Gedragscode MID (artikel 18 lid G). Na een verzoek tot aanpassing wordt de gewraakte uiting snel aangepast maar relatief kort daarna start men een nieuwe campagne die wederom niet voldoet. De overtredingen worden steeds ernstiger en de frequentie neemt toe. Door de handelwijze van verweerster zijn Eindgebruikers ernstig benadeeld. Zij zijn door de handelwijze van Overtreder niet in staat geweest om het product, de prijs en de kenmerken voor de aankoop afdoende te kunnen wegen. Hoewel de gewraakte uitingen steeds worden aangepast of gestaakt, blijven de door misleiding geworven abonnementen, met uitzondering van één geval, gewoon doorlopen.

De overtredingen van de Gedragscode MID zijn naar het oordeel van het Loket zodanig ernstig dat handhaving en sanctionering vereist is teneinde het structureel overtreden te stoppen. Zonder ingrijpen valt te verwachten dat Overtreder steeds opnieuw vergelijkbare overtredingen zal plegen en aldus nieuwe abonnementsdiensten zal afsluiten op basis van misleiding c.q. het onvoldoende informeren van Eindgebruikers.

Verweerster heeft steeds na een handhavingsmail door het Loket de betreffende uiting aangepast of ingetrokken en is in geen enkel geval in beroep gegaan tegen het optreden van het Loket. Daarmee heeft verweerster zelf de overtredingen erkend, conform de uitspraak van de commissie in de zaak Ringaling (5 maart 2012).

Aangenomen mag worden dat meer dan 95% via een reclamecampagne is geworven, slechts een klein deel van de abonnees zal zelf naar de Playplanet of Gamifive-site zijn gegaan om zich te abonneren.

De verzochte sancties.

1.6 Het Loket verzoekt de Commissie over te gaan tot oplegging van sancties aan verweerster op grond van artikel 20 van de Gedragscode MID en daarbij de volgende sancties te overwegen:

- een boete conform artikel 20 lid 4 sub c;
- een gebod tot staking van alle abonnementen tussen verweerster en Eindgebruikers die momenteel actief zijn, nu aannemelijk is dat deze vrijwel allemaal – of zeker in ieder geval – merendeels door misleiding tot stand zijn gekomen;
- Een refund aanbod aan alle Eindgebruikers van de diensten van verweerster, conform artikel 20 lid 4 sub 9. Deze refund dient te gelden voor alle Eindgebruikers die gedurende 2014 gebruik hebben gemaakt van een van de diensten van verweerster, al dan niet in dit verzoek aanhangig gemaakt, tenzij verweerster aannemelijk kan maken dat zij de betreffende abonnees heeft geworven zonder misleiding. Dit onder begeleiding van het Loket.

2. Het verweer.

2.1 Verweerster heeft – zakelijk weergegeven – het volgende aangevoerd. Wat betreft de eerste drie meldingen (CR1936, 1874 en 2147) staat in de Gedragscode MID geen duidelijke verplichting dat nog elders dan op de pagina voorafgaand aan de factureringpagina informatie moet worden gegeven over de prijs en de aard van de service en nog minder over de omvang van de te gebruiken tekst. Artikel 16 geeft aanwijzingen over lettertype en lettergrootte maar dit is van toepassing op schermen waarnaar in dat artikel zelf wordt verwezen. Aangezien de betreffende (veronderstelde) inbreuk zich op de Landing Page bevindt, betreft dit geen echte inbreuk. Om haar goede wil te tonen heeft verweerster evenwel de gevraagde wijzigingen uitgevoerd. Wat betreft de twee opvolgende meldingen (CR2456 en 2590) stelt verweerster dat dit lag aan een technische weergavefout van één van haar partners en dat dit probleem reeds op 2 juli was opgelost. Meldingen CR2727 en 2734 van september 2014 wijzen op het ontbreken van informatie op de pagina voorafgaand aan de factureringpagina. Het Loket heeft nooit duidelijk aangegeven dat er een *landing page* ontbrak tussen de banner en de factureringpagina. Ook na herhaalde vragen heeft verweerster nooit enig voorbeeld of tegenvoorbeeld ontvangen. De eindgebruiker wordt in de uitingen van verweerster perfect op de hoogte gesteld van het aanbod, de beschrijving van de service, het logo van de service en abonnementsprijs. Bovendien wordt de eindgebruiker doorgestuurd naar de facturering/bevestigingspagina met daarop de toets ‘Betalen’ en een link die hem terugvoert naar de contactpagina. Hiernaast heeft verweerster nog gesteld dat de termijn voor een oplossing van twee dagen veel te kort is, dat zij nooit een melding heeft ontvangen betreffende de naamgeving van de toetsen ‘Speel Nu’ en ‘Download’ en dat in de Gedragscode MID hierover evenmin een duidelijke uiteenzetting gegeven wordt. Voorts is verweerster van mening dat de Gedragscode MID voor interpretatie vatbaar is. Dit geldt met name voor artikel 3 en de vermelding van de prijs waar geen concrete voorschriften voor gevonden worden t.a.v. grootte en leesbaarheid. Daarnaast wordt in de Gedragscode MID niet duidelijk de *flow* aangegeven en het aantal stappen voor de bevestigingspagina. Tenslotte wijst verweerster er op dat een sanctie niet gerechtvaardigd is omdat zij meent niet goed geïnformeerd te zijn, terwijl zij wel de bedoeling heeft om

zich te houden aan de geldende regels en ook steeds op de verzoeken van het Loket gereageerd heeft. Daarnaast blijkt uit klanttevredenheidsonderzoek dat de klanten tevreden zijn met het aanbod.

3. De beoordeling.

De bevoegdheid van de Commissie.

3.1 De bevoegdheid van de Commissie volgt uit de gebondenheid van verweerster aan de Gedragscode MID en staat tussen partijen niet in geschil.

De ontvankelijkheid van het verzoek.

3.2 Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het verzoek stelt de Commissie vast dat het verzoek overeenkomstig artikel 18 lid g Gedragscode tijdig is ingediend. 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.

De inhoudelijke beoordeling.

3.3 Verweerster heeft zich in de kern op het standpunt gesteld dat de Gedragscode MID ruimte biedt voor interpretatie over hetgeen als ‘misleitend’ heeft te gelden en dat de Gedragscode onduidelijk is wat betreft de ‘flow’ leidend tot de bevestigings/factureringspagina zoals voorgeschreven in de Gedragscode MID. Essentieel in haar verweer is daarbij haar stelling dat de Eindgebruiker doorgeleid wordt naar de bevestigingspagina die op zichzelf duidelijk is. De commissie volgt dit verweer van verweerster niet. De commissie overweegt daartoe het volgende.

3.4 Krachtens artikel 2 van de Gedragscode(s) MID zijn de bepalingen uit de Gedragscode SMS tevens van toepassing op het aanbieden van mobiele internetdiensten. Het in de Gedragscode SMS neergelegde beginsel van herbevestiging (ook bekend als ‘dubbele *opt in*’) is derhalve onverkort van toepassing op het terrein van mobiele internet diensten. Dit betekent dat voorafgaand aan het in de Gedragscode MID voorgeschreven (her)bevestigingsscherm de Eindgebruiker een geïnformeerde initiële aanmelding moet doen in reactie op (reclame)uitingen die volledig conform zijn aan de Gedragscode MID, de Gedragscode SMS, alsmede de – krachtens artikel 5 lid 5 van de gedragscode SMS van toepassing zijnde – bijzondere Reclamecode SMS.

3.5 Verweerster heeft dit alles miskend. Een deel van de op basis van deze regelingen voorgeschreven informatie ontbreekt immers volledig in de gewraakte uitingen. Daarbij komt dat hierover in beginsel geen interpretatieverschillen kunnen ontstaan omdat de verplichting van een (her)bevestiging direct uit de gedragscode(s) voortvloeit. Ook voor wat betreft de overige door het Loket aangevoerde punten stelt de commissie vast dat verweerster in strijd met de gedragscodes heeft gehandeld. Zo is onder meer Buongiorno verantwoordelijk voor haar *affiliates* en is een termijn van twee dagen na aanwijzing door het Loket afdoende om te stoppen met een non-conforme uiting.

- 3.6 Het verweer van verweerster dat zij van deze regels niet op de hoogte was, althans dat deze onduidelijk waren, kan niet slagen. Verweerster heeft als professionele marktpartij een zelfstandige verantwoordelijkheid om op juiste wijze kennis te hebben van de geldende regelgeving. Ook de stelling van verweerster dat bepaalde regels zich voor interpretatie lenen en dat als gevolg daarvan de aanwijzingen van het Loket niet opgevolgd hoeven te worden, is onjuist. De Gedragscode MID geeft het Loket, onder meer, de mogelijkheid om partijen te gebieden de gewraakte dienst te staken of op te schorten. Indien verweerster van mening is dat de aanwijzing van het Loket niet juist is, kan zij zich tot de Commissie richten.
- 3.7 Niettegenstaande het in randnummer 3.6 bepaalde, heeft de commissie moeten constateren dat een deel van de bij verweerster ontstane verwarring voorkomen had kunnen worden wanneer zij er duidelijker op was gewezen op basis van welke regels van de gedragscode(s) zij in overtreding was en wat zij had moeten doen om wel weer in overeenstemming met de gedragscode(s) te geraken. Hoewel het Loket in beginsel niet de taak heeft om partijen te adviseren maar haar taakstelling primair gericht is op handhaving – en overigens het Loket het steeds bij het rechte eind had dat de uitingen van verweerster non-conform waren – was een concretere uitleg omtrent de overtredingen opportuun geweest.
- 3.8 Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat er op grond van artikel 20 lid 3 van de Gedragscode een maatregel aan verweerster opgelegd kan worden. De Commissie dient vervolgens te beoordelen welke maatregel aangewezen is. Gezien de hierboven in randnummers 3.7 en 3.8 besproken omstandigheden, ziet de Commissie geen aanleiding om over te gaan tot het opleggen van een boete of het gelasten van een *refund*.
- 3.9 Wel acht de Commissie het opportuun om verweerster te gebieden de *billing* van alle lopende abonnementen op de diensten Playplanet en Gamifive per direct te staken en alle abonnees op deze diensten binnen tien (10) werkdagen na datum van deze beslissing een bericht te zenden waarin wordt uitgelegd waarom het aanbod is gestaakt, namelijk omdat de eerdere aanmelding niet in overeenstemming met de van toepassing zijnde gedragscodes is geschied. In deze communicatie staat het Buongiorno vrij aan de betreffende abonnees een aanbod van (actieve) vernieuwing te doen, mits dit in overeenstemming met de geldende gedragscodes en hetgeen in deze beslissing is bepaald, gebeurt. De abonnee moet een geïnformeerde keuze kunnen maken om opnieuw een abonnement te nemen. Totdat de abonnee de aanmelding op het abonnement herbevestigt, is het abonnement automatisch beëindigd. Op deze wijze wordt alsnog de gang van zaken in overeenstemming gebracht met het beginsel van herbevestiging. Een kopie van het bericht zoals dat aan de abonnees wordt verzonden, dient tegelijkertijd aan het Loket verstrekt te worden.
- 3.10 Tot slot overweegt de Commissie ten aanzien van de door het Loket geconstateerde overtredingen nog het volgende. Het Loket heeft onder verwijzing naar de uitspraak in de zaak Ringaling gesteld dat indien een betrokken partij geen beroep aantekent tegen een aanwijzing van het Loket maar daarentegen de dienst aanpast, de overtreding daarmee wordt erkend en vast staat. In beginsel is het juist dat een partij, indien deze zich niet kan vinden in een aanwijzing van het Loket, zij bezwaar tegen deze aanwijzing bij de

Commissie moeten indienen. Dit kan er evenwel niet toe leiden dat wanneer het Loket een handhavingsverzoek bij de Commissie neerlegt, gebaseerd op structurele overtreding van de Gedragscode, de aan dit verzoek ten grondslag liggende overtredingen in alle gevallen als erkend moeten worden beschouwd. Een anders luidend oordeel zou immers met zich mee brengen dat een verweerster in een geval van een dergelijk handhavingsverzoek alleen verweer zou kunnen voeren omtrent de hoogte van de boete. De Commissie zal per geval bepalen of uit gedragingen van de verweerster moet worden afgeleid dat zij de geconstateerde overtredingen erkent, of dat haar ten aanzien van die overtredingen nog de mogelijkheid geboden moet worden tot het voeren van verweer.

4. De beslissing.

De Commissie

- 4.1 stelt vast dat Buongiorno zich in strijd met de Gedragscode MID, de SMS-Gedragscode en de daaraan gekoppelde Reclamecode SMS-Dienstverlening heeft gedragen;
- 4.2 legt bij wijze van maatregel aan Buongiorno een waarschuwing op;
- 4.3 verplicht Buongiorno om alle abonnementen op de diensten waarop de overtredingen betrekking hebben te staken en alle abonnees een bericht te sturen waarin wordt medegedeeld waarom het abonnement is gestaakt. Buongiorno is gerechtigd deze abonnees te verzoeken zich opnieuw aan te melden, mits dit gebeurt in overeenstemming met de geldende wet- en regelgeving en conform het overwogene in deze beslissing (waaronder randnummer 3.9). Een afschrift van het verstuurd bericht wordt aan het Loket gezonden.

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Mobiele Diensten op 12 februari 2014 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen. 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