

COMMISSIE HANDHAVING MOBIELE DIENSTEN

Beslissing van 17 oktober 2016,

inzake:

het handhavingsverzoek van 20 mei 2016 van het Loket van de Stichting Gedragscodes Mobiele Diensten, zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Gedragscode voor Betaalde Mobiele Internet Diensten, versie 1 april 2014 (hierna: de Code), om te oordelen over gedragingen van EDF Communications LLC (hierna: het verzoek).

Partijen worden hierna verkort aangeduid als ‘het Loket’ en ‘EDF’.

1. De procedure.

- 1.1 Op 22 maart 2016 heeft het Loket per e-mail een Verzoek tot aanpassing verzonden aan EDF en daarbij EDF gesommeerd om abonnementen op de dienst Glammob binnen twee werkdagen te staken. Tevens is verzocht om een lijst op te leveren met de abonnees op alle diensten van EDF en de hiervoor gebruikte aanmeld-flow. EDF is hiertegen niet in beroep gegaan.
- 1.2 Op 7 april 2016 heeft het Loket per e-mail een Verzoek tot classificatie verzonden naar de Operators met het verzoek de dienstverlening van EDF inzake de dienst Glammob te classificeren als Ernstige Overtreding met als plan van aanpak een *refund* en mogelijk voorlegging aan de Commissie. De Operators hebben ingestemd met dit verzoek.
- 1.3 Op 22 april 2016 heeft het Loket per e-mail een Verzoek tot aanpassing verzonden aan EDF en (ditmaal) daarbij EDF gesommeerd tot het informeren van alle getroffen gebruikers van de dienst Glammob over een refund mogelijkheid. EDF heeft niet voldaan aan dit verzoek en is evenmin tegen dit verzoek in beroep gegaan.
- 1.4 Op 20 mei 2016 heeft het Loket het onderhavige verzoek ingediend (met bijlagen genummerd 1–5). Het heeft daarbij verzocht om over te gaan tot oplegging van sancties aan EDF op grond van artikel 20 van de Code en daarbij de volgende sancties te overwegen:
 - een boete conform artikel 20 Code;
 - een schadeloosstelling van alle getroffen Eindgebruikers, door het terugbetalen van alle door EDF ontvangen abonnementsgelden over de periode vanaf 17 februari 2016 tot aan het staken van de dienstverlening, waarbij zal gelden dat EDF de Operators zal moeten compenseren indien de Operators zelf reeds zijn overgegaan tot schadeloosstelling van getroffen Eindgebruikers;
 - plaatsing op de zwarte lijst van EDF alsmede de uiteindelijke belanghebbende van EDF, de heer D. Starr.
- 1.5 Op 7 juni 2016 heeft EDF een reactie (met 3 bijlagen) op het verzoek ingezonden. EDF heeft daarbij verzocht af te zien van handhavend optreden jegens EDF en de heer Sarr en

geschreven geen prijs te stellen op een hoorzitting omdat de Commissie geen bevoegdheid heeft in deze kwestie.

- 1.6 Het Loket heeft bij e-mail bericht van 15 juni 2016 eveneens afgezien van een mondelinge behandeling en verzocht te mogen repliceren.
- 1.7 Op 23 juni 2016 heeft het Loket een repliek ingezonden (met twee bijlagen, genummerd 6 en 7) en daarbij het verzoek tot het opleggen van sancties gehandhaafd.
- 1.8 Op 8 juli 2016 heeft EDF een dupliek ingezonden (met een bijlage) en daarbij onder het aankondigen van rechtsmaatregelen verzocht (en gesommeerd) tot afzien van oplegging van enige sanctie.
- 1.9 Op 20 juli 2016 heeft het Loket een nadere productie ingezonden (genummerd 8).

2. De gronden van het verzoek en het verweer.

- 2.1 Het Loket legt aan zijn verzoek – samengevat – het volgende ten grondslag. EDF exploiteert een adult videodienst via de Dienstverlener CM Telecom. Bij het bekijken van een adult video wordt ongevraagd een betaald abonnement gesloten met de Eindgebruiker. Door manipulatie (een technisch hoogstaande hack) van de betaalflow wordt het verplichte Bevestigingsscherm niet aan de Eindgebruiker getoond alvorens het abonnement wordt afgesloten. Na het klikken op de Play-knop start ‘vanzelf’ een betaald abonnement van € 5,- per week. Dit is zowel in strijd met artikel 3 lid 2 van de Code (misleiding) als artikel 13 lid 3 (het verplichte Bevestigingsscherm met daarbij onder meer het verplichte gebruik van de term ‘Akkoord’). Aangezien de overtreding door de Operators is aangemerkt als Ernstige Overtreding is dit verzoek gebaseerd op artikel 18 sub 1 van de code. Op internet klagen Eindgebruikers over het ongevraagd afsluiten van een abonnement op de dienst DroidBoost middels een vergelijkbare wijze van als beschreven voor de dienst Glammob. Het loket verwacht dat een groot deel van de abonnees op beide diensten is geworven door manipulatie van het Bevestigingsscherm. EDF is gebonden aan de gedragscode middels de overeenkomst met Dimoco en tevens door de acceptatie van de Code bij de inschrijving van EDF en betaling voor de basisregistratie. De Code heeft niet tot strekking of gevolg dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De Code geldt voor alle partijen in de markt en van een onderling verschil in concurrentiepositie is geen sprake. Blijkens de door EDF verstrekte gegevens uit de basisregistratie is de heer Starr enig bestuurder van EDF. Ten slotte zijn zware sancties op zijn plaats. Er zijn vrijwel geen zaken bekend waarin de betreffende Content Provider het zo bont heeft gemaakt. Volgens gegevens van het Loket heeft 40% van de abonnees binnen een week opgezegd. Het Loket acht dit gegeven echter niet ter zake doen voor de vraag of de dienst misleidend was.
- 2.2 EDF voert – samengevat – onder meer het volgende aan. Eindgebruikers zijn wel vooraf en duidelijk er over geïnformeerd dat zij een abonnement zouden afsluiten. Dat moet hen duidelijk zijn geweest uit de tekst op de ‘landingpage’. Daarna hebben de Eindgebruikers nog een bewuste actie moeten uitvoeren. Zij hebben immers op de knop ‘Ga door’ moeten

klikken om het abonnement daadwerkelijk af te sluiten. Dit blijkt ook uit de omstandigheid dat slechts een zeer gering percentage van de abonnees het abonnement heeft beëindigd. Voorts stelt EDF dat de Commissie onbevoegd is omdat EDF niet gebonden is aan de Code vanwege het ontbreken van een daartoe strekkende overeenkomst dan wel dat er sprake is van algemene voorwaarden waar zij niet aan gebonden is vanwege het ontbreken van een redelijke mogelijkheid om van deze voorwaarden kennis te nemen – EDF vernietigt bij verweer dan ook de algemene voorwaarden indien en voor zover deze van toepassing zouden zijn. Het aanvinken van een vinkje bij de registratie van EDF is verricht door een administratief medewerker die geen bevoegdheid had EDF te vertegenwoordigen of te binden aan enige overeenkomst. Voorts is de Code in strijd met de Mededingingswet (en daarom nietig) en is het verzoek ten aanzien van de heer Starr en DroidBoost niet onderbouwd. EDF stelt zich op het standpunt dat er een ander rechts- en forumkeuzebeding is dat voorrang heeft namelijk de Weense rechter dan wel de rechtbank te Den Haag.

3. De bevoegdheid van de Commissie en de ontvankelijkheid van het Loket.

- 3.1 Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het Loket overweegt de Commissie dat het verzoek is ingesteld binnen de artikel 18 sub 1 gestelde termijn van 4 weken na 22 april 2016 en dat het Loket derhalve ontvankelijk is in haar verzoek.
- 3.2 Ten aanzien van de bevoegdheid van de Commissie overweegt de Commissie dat de door EDF aangevoerde gronden naar haar oordeel geen hout snijden. Uit de door het Loket overgelegde stukken blijkt genoegzaam dat EDF wel degelijk via Dimoco contractueel gebonden is aan de code. Daar komt echter bij dat niet zonder de Code te accepteren EDF zich kon registreren bij de Stichting. Dat EDF zich daadwerkelijk geregistreerd heeft wordt in werkelijkheid door EDF niet betwist. EDF heeft, ook volgens haar eigen stellingen, gebruik gemaakt van berichten waarin naar de website van de stichting verwezen werd (zie daarover hieronder meer bij de inhoudelijke beoordeling). Dat een deel van de gevolgen van de registratie, namelijk het gebonden zijn aan de code, niet geldig zou zijn omdat de medewerker die de registratie verzorgde niet bevoegd zou zijn wordt door de Commissie een stelling geacht die niet verdedigbaar is. Dit brengt met zich dat ook indien de EDF succesvol haar contractuele gehoudenheid aan de Code via Dimoco zou kunnen aantasten/vernietigen dit EDF niet zou baten. EDF is immers gebonden aan de Code door de registratie bij de Stichting (en bijbehorende betaling) die zij zelf verricht heeft. Zij kan zich daarbij niet beroepen op het feit dat de medewerker die de registratie verrichtte niet bevoegd was om alle bij de registratie behorende voorwaarden te accepteren. Voorts overweegt de Commissie dat er naar haar oordeel geen strijd is met het mededingingsrecht. Gedragsregels kunnen noodzakelijk zijn ter handhaving van fatsoensnormen, professionele waardigheid en de kwalificaties of kwaliteiten die nodig zijn voor een goede beroepsuitoefening. Indien dergelijke gedragsregels hierop betrekking hebben en op objectieve, transparante en niet-discriminerende wijze worden toegepast, vallen zij niet onder het kartelverbod. Naar oordeel van de Commissie voldoet de Code hieraan. De Commissie benadrukt daarbij dat het in beginsel niet mogelijk is toe te treden tot de Nederlandse markt zonder dat men gebonden is aan de Code. Dat is ook een wenselijke situatie. Het zou juist marktversturend werken als bepaalde partijen zich aan de Code zouden kunnen

onttrekken. Tenslotte overweegt de Commissie dat rechtsgeschillen over de vraag of zij bevoegd is op grond van de door EDF aangevoerde gronden uiteindelijk beslist dienen te worden door de bevoegde (burgerlijke) rechter. De Commissie zou zich evenwel van een oordeel dienen te onthouden indien in een voorkomend geval aanstonds blijkt dat de Commissie niet bevoegd is. Daar is hier op grond van het voorgaande geen sprake van. Dit oordeel vindt bevestiging in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in een kort geding aangespannen door EDF tegen de Stichting van 15 september 2016. Al met al dient het beroep op onbevoegdheid van de Commissie door EDF verworpen te worden. De Commissie acht zich derhalve bevoegd van het verzoek kennis te nemen en dient zich daarbij vervolgens op grond van de Code een oordeel te vormen ten aanzien van de rechtmatigheid van het verzoek en de gevraagde sancties.

4. De beoordeling.

4.1 Ter inhoudelijke beoordeling ligt de vraag voor of (1) EDF gebruik gemaakt heeft van het Bevestigingsscherm (zoals verplicht op grond van de artikelen 13 en 15 van de Code) en of (2) de gewraakte uiting misleidend was in de zin van artikel 3 van de Code. De Commissie overweegt dat ten aanzien van de dienst Droidboost onvoldoende gegevens naar voren heeft gebracht om te kunnen beoordelen of deze dienst in overeenstemming was/is met de vereisten uit de Code. Het volgende heeft dientengevolge alleen betrekking op de dienst Glammob.

4.2 Ten aanzien van de vraag of het verplichte Bevestigingsscherm (op voorgeschreven wijze) gebruikt is kan de Commissie kort zijn. Dit is namelijk niet het geval, hetgeen overigens door EDF ook niet betwist is. Dit levert naar het oordeel van de Commissie op zichzelf reeds een ernstige overtreding van de Code op, op basis waarvan sanctionering is aangewezen. De mate van sanctionering hangt mede af van de overige omstandigheden van het geval zoals in dit geval de vraag of en in welke mate de dienst misleidend was in zin van artikel 3 van de Code. De Commissie overweegt daartoe het volgende.

4.3 Uit een door het Loket overgelegde video-opname blijkt dat de gebruiker op een zwarte achtergrond een wit-omrand scherm te zien krijgt met bovenaan in witte letters op een zwarte achtergrond de tekst ‘Bekijk deze (...) Mobile Video nu!’ met daaronder een videoscherm. Onder het videoscherm bevindt zich een groene button met daarin in witte letters de tekst ‘Ga door’. Onder het wit-omrande scherm is er eerst een gedeelte zwart (met een oppervlakte groter dan de groen button) en dan volgt er op genoemde zwarte achtergrond nog in grijze letters de volgende tekst:

‘Klik op ga door om te starten met ongelimiteerde toegang tot de ultieme portal met (...) videos op je mobiele telefoon voor slechts 5 eur/week. Door ga door te klikken ga je akkoord met onze algemene voorwaarden. Bel voor help +31.900.466.466 | Helpen’

4.4 Indien men op de groene button ‘Ga door’ klikt komt men op een scherm met een witte achtergrond met bovenaan een banner met daarin een zwart logo en de naam ‘GlamMob’, e.e.a. in een blauw vlak. Daaronder staat, tegen de witte achtergrond in zwarte letters: ‘De

aanmelding op GlamMob is gelukt.’ Daaronder is weer een blauw vlak met daarin de witte letters ‘Ga verder’. Daaronder is eerst een gedeelte wit (met een oppervlakte groter dan genoemd blauwe vlak). Daarna staat tegen de witte achtergrond met zwarte letters:

‘Voor een overzicht van alle betalingen en afmelden ga
naar:

www.payinfo.nl

(privacy)voorwaarden

Helpdesk: <http://nl.glammob.com/h>’

Hierna krijgt de gebruiker een SMS bericht van Payinfo.nl met daarin de tekst: ‘Gratis bericht: je maakt gebruik van abonnement GlamMob, (...)’

- 4.5 Uit het hiervoor beschreven feitelijk verloop van de aanmelding blijkt dat op de eerste pagina (zoals beschreven onder 4.3), waar de aanmelding voor de dienst reeds plaatsvindt (hierna: de aanmeldpagina) direct na het videoscherm geplaatst onder de tekst ‘Bekijk deze (...) Mobile Video nu!’ zich al de button met ‘Ga door’ bevindt. Pas (ver) daaronder treft men in een on- (of althans minder) opvallende kleurstelling (grijs tegen zwart) een tekst met daarin enige informatie over de dienst. Dit is op zichzelf naar het oordeel van de Commissie inderdaad (reeds) misleidend in de zin van artikel 3 van de Code omdat de Eindgebruiker de indruk kan krijgen een gratis video te gaan bekijken als hij op de knop ‘Ga door’ drukt. Het verweer van EDF dat de Eindgebruiker geïnformeerd is voordat hij op de knop ‘Ga door’ drukt is simpelweg in strijd met de feiten. Voor het geval men de daaronder volgende tekst nog relevant had kunnen achten heeft EDF nog aangevoerd dat de grijze tekst in werkelijkheid beter leesbaar was dan op de door het Loket overgelegde afdruk. EDF gaat daarmee voorbij aan het feit dat de Code voor het Bevestigingsscherm op grond artikel 16 lid sub d het gebruik van de kleuren grijs op zwart nadrukkelijk verbiedt. Een norm die naar het oordeel van de Commissie in de geest van de Code hier ook van toepassing is.
- 4.6 De Commissie overweegt voorts het volgende. Uit artikel 3 van de Code volgt dat EDF tevens gebonden is aan (onder meer) de SMS gedragscode, de Reclamecode SMS en de Nederlandse Reclamecode. De tekst onderaan de pagina zelf (in combinatie met de wijze waarop deze aanmeldpagina is vormgegeven zoals hierboven geoordeeld), voldoet op velerlei wijze niet aan de toepasselijke vereisten uit deze regelingen. Zo volgt (niet uitputtend) uit artikel 3 lid 3 van de Reclamecode SMS dat het feit dat er sprake is van een abonnementsdienst met dezelfde nadruk dient te worden vermeld als de dienst zelf. Tevens volgt uit artikel 8 lid 4 sub q van de Nederlandse Reclamecode dat in een promotionele uiting op niet mis te verstane wijze duidelijk gemaakt moet zijn dat er sprake is van een betalingsverplichting. Voorts regelt laatstgenoemd artikel dat ‘Een knop of soortgelijke functie wordt daartoe op een goed leesbare wijze aangemerkt met een ondubbelzinnige formulering waaruit blijkt dat het plaatsen van de bestelling een betalingsverplichting jegens de adverteerder inhoudt. Dit kan door de zin “bestelling met betalingsverplichting”.’ Een ander voorbeeld van non-conformiteit betreft het feit dat EDF op geen enkele manier een leeftijdsgrens heeft gebruikt. Op grond van de Code geldt voor het aangaan van een betaald mobiel internet abonnement een minimum leeftijd van zestien jaar, tenzij er wordt besteld met toestemming van de ouders of wettelijk vertegenwoordiger van de Eindgebruiker. Deze verplichting komt tot uitdrukking in het

verplichte Bevestigingsscherm door de tekst ‘Jonger dan 16 jaar? Vraag toestemming ouder’. Deze tekst is door EDF niet opgenomen. Hoewel de Code verder geen expliciete bepalingen kent voor het geval er sprake is van adult content volgt naar het oordeel van de Commissie uit de geest van de Code dat de aanbieder van de dienst rekening moet houden met de leeftijd van potentiële Eindgebruikers. EDF heeft daar op geen enkele manier aan voldaan. Dit levert tenslotte eveneens strijd op met artikel 3 van de Nederlandse Reclamecode (Reclame mag niet strijdig zijn met het algemeen belang, de openbare orde of de goede zeden). EDF heeft dit alles miskent. Daarbij is zij er in het algemeen aan voorbij gegaan dat de Eindgebruiker zich conform de toepasselijke regels zich eerst geïnformeerd moet kunnen aanmelden, en daarna pas op het Bevestigingsscherm behoort te komen zoals voorgeschreven in artikel 15 van de Code (het beginsel van dubbele *opt-in*).

- 4.7 Zoals reeds vastgesteld komt men in dit geval echter helemaal niet meer op het voorgeschreven Bevestigingsscherm. Uit de beschreven gang van zaken volgt dat na het verlaten van de aanmeldpagina (door op de knop ‘Ga door’ te drukken) men meteen op het Welkomstschermbalk komt zoals voorgeschreven in artikel 16 lid 2 van de Code (zie 4.4). Hier had men dus eerst op het Bevestigingsscherm moeten komen zoals voorgeschreven in artikel 15 van de Code. Nadat men op het Welkomstschermbalk op ‘Ga verder’ geklikt heeft ontvangt men nog een SMS zoals voorgeschreven in artikel 16 lid 3 van de Code. EDF heeft op deze laatste gang van zaken een beroep gedaan om te betogen dat haar niets te verwijten valt. EDF miskent daarmee dat bij het verschijnen van het Welkomstschermbalk de aanmelding voor de dienst al geschied is en dat het proces daarvoor geheel non-conform geweest is: de promotionele uiting waarop men zich kon aanmelden voor de dienst (de aanmeldpagina) voldeed niet en daarna ontbrak het voorgeschreven Bevestigingsscherm.
- 4.8 Al met al levert naar het oordeel van de Commissie de beschreven gang van zaken een ernstig verwijtbare schending van de Code zelf en de daarmee samenhangende regelingen op. Het is in het belang van zowel de Eindgebruiker/consument als in het belang van *bona fide* aanbieders – die op een conforme wijze hun producten willen aanbieden – dat partijen die dit soort praktijken uitoefenen van de markt geweerd worden. Naar het oordeel van de Commissie is derhalve de gevraagde sanctie, namelijk plaatsing op de zwarte lijst van EDF en haar bestuurder Starr aangewezen. De Commissie zal bepalen dat dit voor de periode van één jaar zal gelden. Daarbij komt dat gelet op de ernst van de overtreding de Commissie het wenselijk acht dat alle Eindgebruikers gecompenseerd worden. Deze dienen derhalve het door hen betaalde abonnementsgeld terug te krijgen. Dit zal dienen plaats te vinden onder toezicht van het Loket. De Commissie zal EDF tevens veroordelen tot een bijdrage in de kosten van de procedure ten bedrage van € 4.500,-- In dit geval ziet de Commissie naast de voorgaande genoemde sancties, alle omstandigheden in aanmerking nemende, geen aanleiding voor het opleggen van een boete.

5. De beslissing.

De Commissie Handhaving Mobiel Diensten,

- 5.1 stelt vast dat EDF zich in strijd met de Code heeft gedragen;

- 5.2 bepaalt dat alle Eindgebruikers van de dienst Glammob schadeloos gesteld dienen te worden door terugbetaling van het door hen betaalde abonnementsgeld;
- 5.3 verbiedt EDF en haar bestuurder de heer D. Starr om gedurende een jaar na datum van deze uitspraak Diensten aan te bieden (zwarte lijst);
- 5.4 bepaalt dat EDF de kosten van de behandeling van het verzoek dient te vergoeden aan de Stichting ten bedrage van € 4.500,--

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Mobiele Diensten op 17 oktober 2016 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen. Deze beslissing is op dezelfde dag toegezonden aan het bestuur van de Stichting Gedragcodes 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