

## **COMMISSIE HANDHAVING GEDRAGSCODE SMS-DIENSTVERLENING**

### **Beslissing van 26 november 2009**

op het verzoek van

1 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**KPN BV** (hierna: KPN),  
gevestigd te Amsterdam,  
operator,

om te oordelen over gedragingen van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**CM TELECOM B.V.** (hierna: CM),  
gevestigd te Breda,  
SMS-dienstverlener,

en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**SAM MEDIA BV** (hierna: SAM )  
gevestigd te Amsterdam,  
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 KPN van 8 juli 2009, met bijlagen;
- Reactie van SAM en CM gezamenlijk van 23 juli 2009, met bijlagen.

1.2 Op 21 september 2009 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waarbij alle partijen vertegenwoordigd waren. Namens zowel KPN als SAM is een pleitnotitie overgelegd.

1.3 Ten slotte heeft de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening (hierna: de Commissie) bepaald uitspraak te zullen doen.

## 2. De gestelde gedragingen en de reacties

- 2.1 KPN stelt dat zij op 28 mei 2009 – na een melding door de Consumentenautoriteit – overtredingen van de Gedragscode en de bijbehorende Reclamecode heeft geconstateerd ten aanzien van twee abonnementsdiensten, die zij aanduidt als ‘Kraak je hersens en win de iPhone’ en ‘Test je kennis en win jouw droomvakantie’. Voor deze diensten wordt reclame gemaakt op de homepage van SAM.
- 2.2 Op 29 mei 2009 heeft KPN overeenkomstig artikel 14 van de Gedragscode aan CM verzocht een einde te (laten) maken aan de bedoelde overtredingen door middel van de volgende maatregelen:
1. een link naar [www.smsgedragscode.nl](http://www.smsgedragscode.nl) toevoegen aan de website van de Aanbieder van de SMS-Dienst<sup>1</sup>;
  2. informatie op de online databank op [www.smsgedragscode.nl](http://www.smsgedragscode.nl) aanvullen;
  3. de homepage van de Aanbieder van de SMS-dienst aanvullen met alle vereiste informatie;
  4. opmaak van de advertentiebenoeming aanpassen (fontgrootte en contrast);
  5. toevoegen aan subscriptietitel ‘abonneer je nu en maakt kans!’ of iets van gelijke strekking, waarbij in elk geval de woorden ‘abonneer of abonnement’ worden genoemd;
  6. contrast gele letters van minimale leeftijd aanpassen, alsmede fontgrootte;
  7. aangeven of er wel of geen sprake is van herroepingsrecht/zichtrecht;
  8. toevoegen dat men zich ook houdt aan de Reclamecode;
  9. link toevoegen naar de Specifieke Voorwaarden;
  10. de advertentie zodanig aanpassen, zodat er bij 1024/768 pixels geen verticale scrollbar meer is;
  11. in de titel van het scherm het woord ‘abonnementsdienst’ toevoegen;
  12. de Algemene Voorwaarden vertalen in het Nederlands.
- Voor het opheffen van de overtredingen heeft KPN een termijn gesteld van twee werkdagen en als deadline genoemd woensdag 3 juni 2009, 10.00 uur. KPN heeft CM verzocht het verzoek door te spelen aan SAM.
- 2.3 Volgens KPN zijn de overtredingen ten aanzien van de dienst ‘Test je kennis en win jouw droomvakantie’ niet tijdig opgeheven. In haar verzoek om handhaving aan de commissie stelt zij dat na afloop van de termijn van twee werkdagen de Gedragscode en de Reclamecode nog steeds op de volgende punten werden overtreden:
- (1): Artikel 3, lid 3 van de Gedragscode: toevoegen van een link naar [www.smsgedragscode.nl](http://www.smsgedragscode.nl);
  - (3). Artikel 4, lid 1 onder e van de Reclamecode: als de link naar [www.mozzi.com](http://www.mozzi.com) (de homepage van SAM Media BV is gewijzigd van [www.mozzi.com](http://www.mozzi.com) naar [www.qubble.com](http://www.qubble.com)) blijft staan, dient alle vereiste informatie te worden toegevoegd;

---

<sup>1</sup> Het begrip ‘Aanbieder van een SMS-dienst’ wordt in de Reclamecode SMS-Dienstverlening gebruikt in de zin van ‘Content Provider’. De aanbieder van een SMS-dienst (zoals SAM) moet dus niet verward worden met een SMS-dienstverlener (zoals CM).

(7) Artikel 5, lid 4 onder f van de Reclamecode: aangeven of er wel of geen sprake is van herroepingsrecht/zichtrecht;

(8) Artikel 5, lid 4 onder e van de Reclamecode: toevoegen dat men zich naast aan de Gedragscode ook houdt aan de Reclamecode;

(nieuw punt) Artikel 5 lid 4 onder c van de Reclamecode: bij contactgegevens ook e-mailadres vermelden.

Hierdoor is naar de mening van KPN sprake van het schenden van de Gedragscode door zowel CM als SAM. KPN verzoekt de Commissie een passende sanctie op te leggen aan CM en SAM op basis van artikel 16 van de Gedragscode.

- 2.4 Zowel CM als SAM heeft erkend dat de door KPN gestelde termijn met één dag is overtreden. KPN heeft op haar beurt niet gesteld dat de overschrijding langer heeft geduurd.
- 2.5 CM en SAM stellen zich primair op het standpunt dat de overtreding van de termijn niet enkel aan SAM is toe te rekenen. Zij voeren daartoe aan dat CM en SAM tijdens het doorvoeren van de wijzigingen op 2 en 3 juni meerdere malen contact hebben gehad met KPN om gedane aanpassingen te bespreken en te horen of deze afdoende waren. Op 3 juni zou KPN telefonisch hebben ingestemd met de gedane aanpassingen, waarna KPN dezelfde dag terugkwam met het bericht dat nog enige aanpassingen vereist waren. Tegen deze achtergrond kon ook van CM niet verwacht worden dat zij de dienst van SAM op 3 juni, 10.00 uur, zou afsluiten.
- 2.6 Subsidiair hebben CM en SAM aangevoerd dat de technische afdeling van SAM opereert vanuit Kuala Lumpur in Maleisië waar het 6 uur later is dan in Nederland. Daardoor had SAM bijna een werkdag minder de tijd om de gevraagde aanpassingen door te voeren, aldus het verweer. De aard en de ernst van de overtredingen en de termijnoverschrijding zouden ten slotte niet zodanig ernstig zijn dat een sanctie zou moeten volgen. CM en SAM verzoeken daarom de uitspraak niet te publiceren dan wel de uitspraak te anonimiseren.

### **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 merkt daarbij op dat zij het verzoek zal beoordelen 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. Op een nog niet bekend tijdstip zal een nieuwe versie van de Gedragscode in werking treden. De Commissie ziet thans geen aanleiding om op de inhoud daarvan te anticiperen. De Commissie zal in het navolgende de stellingen van partijen die betrekking hebben op de (tekst van de) nieuwe versie van de Gedragscode dan ook onbesproken laten.

## 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 27 mei 2009 heeft de Consumentenautoriteit de Stichting SMS Gedragscode bericht dat ten aanzien van de website [http://www.qubble.com/online\\_ads/index.php?data=NL\\_AP\\_IQ\\_760x510.swf&ids=13998\\_3640\\_0](http://www.qubble.com/online_ads/index.php?data=NL_AP_IQ_760x510.swf&ids=13998_3640_0) (de website iPhone) een aantal – nader gespecificeerde – met de Gedragscode strijdige gedragingen was geconstateerd. De Stichting SMS Gedragscode heeft dit schrijven doorgestuurd aan KPN.
- 3.5 KPN heeft naar aanleiding hiervan geoordeeld dat inderdaad ten aanzien van de hiervoor genoemde website sprake was van met de Gedragscode strijdige gedragingen. Naar het oordeel van KPN was daarvan ook sprake ten aanzien van de website [http://www.qubble.com/online\\_ads/NL/AP\\_vakantie.php?ids=](http://www.qubble.com/online_ads/NL/AP_vakantie.php?ids=) (de website vakantie).
- 3.6 KPN heeft vervolgens bij e-mail van 29 mei 2009 om 09.41 uur CM erop gewezen dat een overtreding van de Gedragscode is geconstateerd. KPN heeft CM verzocht om binnen twee werkdagen – als deadline werd gesteld: 3 juni 2009 om 10.00 uur – haar dienstverlening met betrekking tot beide websites (alsmede tot eventuele andere websites waarbij dezelfde problematiek speelde) zodanig aan te passen dat deze conform de Gedragscode was. KPN heeft tevens aan CM verzocht het verzoek door te sturen aan SAM. Als bijlage bij het verzoek heeft KPN het hiervoor genoemde schrijven van de Consumentenautoriteit gevoegd. De e-mail van 29 mei 2009, met de bijlage, bevindt zich als bijlage bij het verzoek tot handhaving aan de Commissie.
- 3.7 De Commissie is van oordeel dat de e-mail van KPN van 29 mei 2009 een duidelijke, ondubbelzinnige sommatie betreft als bedoeld in de Gedragscode. Uit het verzoek van KPN, bezien in samenhang met het meegezonden schrijven van de Consumentenautoriteit, blijkt immers om welke gedragingen het gaat. CM is daarnaast ook expliciet op de termijn van twee werkdagen gewezen. De Commissie stelt vast dat KPN ten aanzien van CM en SAM 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**

- 3.8 CM en SAM hebben niet weersproken dat op 29 mei 2009 inderdaad sprake is geweest van een inhoudelijke overtreding. De Commissie zal daar dan ook van uitgaan. De Commissie ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of CM en/of SAM tijdig de aanpassingen hebben doorgevoerd die nodig waren om de geconstateerde overtreding van de Reclamecode, en in het verlengde daarvan van de Gedragscode, ongedaan te maken.
- 3.9 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 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. Het is niet aannemelijk dat de opstellers van de Gedragscode hebben bedoeld dat de dag van verzending altijd als eerste dag van de termijn moet worden beschouwd. Als een ingebrekestelling bijvoorbeeld 's middags om 17.59 uur wordt verzonden, zou er materieel maar één werkdag overblijven. De commissie is zich ervan bewust dat de ingebrekestelling door KPN werd verzonden om 09.41 uur in de ochtend, maar zij acht het niet op haar weg liggen een tijdstip op de dag te kiezen dat als waterscheiding dient voor het wel of niet meetellen van de hele dag. Een dergelijke keuze zou in de code zelf moeten worden gemaakt. Denkbaar is ook dat de Gedragscode een termijn van 48 uur zou noemen in plaats van twee dagen.
- 3.10 De ingebrekestelling door KPN vond plaats op vrijdag 29 mei 2009. Zaterdag en zondag zijn uiteraard geen werkdagen, maar maandag 1 juni 2009 (tweede pinksterdag) was dat evenmin. De eerste twee werkdagen waren dinsdag 2 juni en woensdag 3 juni. Door de deadline te stellen op woensdag 3 juni 2009, om 10.00 uur, heeft KPN de termijn te strak uitgelegd. De overtredingen moesten worden beëindigd voor het begin van de werkdag donderdag 4 juni. KPN heeft niet aangetoond dat deze ruimere termijn eveneens overtreden is. Van het schenden van de Gedragscode door CM en/of SAM is naar het oordeel van de Commissie dan ook geen sprake.
- 3.11 Gezien de uitkomst van de procedure dat geen overtreding is aangetoond hebben CM en SAM geen belang meer bij hun verzoek om de beslissing niet te publiceren.

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

De Commissie

##### ten aanzien van CM

4.1 stelt vast dat geen sprake is van het schenden van de Gedragscode door CM;

##### ten aanzien van SAM

4.2 stelt vast dat geen sprake is van het schenden van de Gedragscode door SAM.

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening op 26 november 2009 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen op 26 november 2009.

Deze beslissing is op 10 december 2009 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