

COMMISSIE HANDHAVING GEDRAGSCODE SMS-DIENSTVERLENING

Beslissing van 12 december 2008

op de verzoeken van

1 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VODAFONE B.V. (hierna: Vodafone),
gevestigd te Amsterdam,
operator
verder Vodafone genoemd,
en

2 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
T-MOBILE NETHERLANDS B.V. (hierna: T-Mobile)
gevestigd te 's-Gravenhage,
operator,

om te oordelen over gedragingen van

1 de vennootschap naar Frans recht
NETSIZE S.A. (hierna: Netsize),
gevestigd in Frankrijk en in Nederland kantoorhoudende te Amsterdam,
SMS-dienstverlener,
advocaat mr. J. Sprey te Amsterdam,
en

2 de commanditaire vennootschap
ABOR CREATIVE C.V. (hierna: Abor Creative),
gevestigd te Breda,
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 van Vodafone van 22 september 2008;
- Verzoek van T-Mobile van 21 oktober 2008;
- Aanvulling op het verzoek van T-Mobile van 4 november 2008;
- Reactie van Netsize op het verzoek van Vodafone van 7 oktober 2008;
- Reactie van Netsize op het verzoek van T-Mobile van 5 november 2008;
- Reactie van Abor Creative op het verzoek van Vodafone van 17 oktober 2008;
- Reactie van Abor Creative op het verzoek van T-Mobile van 27 oktober 2008.

1.2 Op 10 november 2008 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waarbij alle partijen vertegenwoordigd waren. Namens T-Mobile en Netsize zijn pleitnotities overgelegd.

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

OPENBARE VERSIE

- 1.4 Abor Creative heeft op 12 november 2008 een e-mailbericht aan (het secretariaat van) de Commissie gezonden. Het Reglement Handhaving SMS-Gedragscode biedt geen ruimte voor het op eigen initiatief van partijen toezenden van stukken aan de Commissie nadat de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. De Commissie zal dan ook geen acht slaan op de inhoud van het e-mailbericht.

2. De gestelde gedragingen en de reacties

- 2.1 Vodafone stelt ten aanzien van Netsize het volgende:
- Op 9 september 2008 heeft Vodafone aan Netsize verzocht om informatie over de aanmelding van een bepaald mobiel nummer. Omdat Netsize de informatie niet verstrekke, heeft zij Netsize op 12 september 2008 gesommeerd om de informatie alsnog te overleggen. Netsize heeft aan de sommatie niet voldaan. Er is sprake van meerdere mobiele nummers ten aanzien waarvan informatie is opgevraagd en niet verkregen. Hierdoor is sprake van het schenden van de Gedragscode door Netsize.
- 2.2 Vodafone stelt ten aanzien van Abor Creative het volgende:
- Eindgebruikers hebben ongevraagd betaalde SMS-diensten van Abor Creative ontvangen (zij hebben zich hier niet voor aangemeld met een MO-bericht);
- Er is sprake van meerdere klachten.
Hierdoor is sprake van het structureel schenden van de Gedragscode door Abor Creative.
- 2.3. T-Mobile stelt ten aanzien van Netsize het volgende:
- Netsize heeft geen gehoor gegeven aan haar verzoek medio augustus 2008 om informatie te verstrekken over de aanmelding van bepaalde mobiele nummers.
Hierdoor is sprake van het schenden van de Gedragscode door Abor Creative.
- 2.4. T-Mobile stelt ten aanzien van Abor Creative het volgende:
- Eindgebruikers hebben ongevraagd betaalde SMS-diensten van Abor Creative ontvangen (zij hebben zich hier niet voor aangemeld met een MO-bericht);
- Eindgebruikers konden zich niet afmelden voor het – ongevraagd – ontvangen van betaalde sms-berichten.
Gelet op de grote hoeveelheid klachten is sprake van het structureel schenden van de Gedragscode door Abor Creative.
- 2.5. In de aanvulling op haar aanvankelijke verzoek aan de Commissie heeft T-Mobile haar klacht uitgebreid tot de heer R. van Veen, ten aanzien waarvan uit een uittreksel uit het Handelsregister van 3 november 2008 blijkt dat hij de enige gevolmachtigde van Abor Creative is. Volgens T-Mobile verricht hij alle feitelijke handelingen binnen Abor Creative en daarom – mede omdat een andere vennootschap van hem eerder is beboet door de OPTA – dient de Commissie ook aan hem in persoon een sanctie op te leggen.
- 2.6. Zowel Vodafone als T-Mobile heeft aan Netsize verzocht om een overzicht en gegevens van alle eindgebruikers die (ten onrechte) betaalde sms-berichten van Abor Creative hebben ontvangen.
- 2.7. Netsize heeft ten aanzien van T-Mobile aangevoerd dat T-Mobile haar niet op de in de Gedragscode voorgeschreven wijze (artikel 14 lid 3) heeft verzocht het met de Gedragscode strijdige gedrag te (doen) staken. Daarom is T-Mobile volgens haar niet-ontvankelijk in haar verzoek aan de Commissie, dan wel kan de Commissie geen sanctie opleggen (artikel 16 lid 2 van de Gedragscode).

OPENBARE VERSIE

- 2.8. Inhoudelijk heeft Netsize zich op het standpunt gesteld dat haar geen verwijt kan worden gemaakt. Niet zij, maar uitsluitend Abor Creative, is volgens haar verantwoordelijk voor het ongevraagd aan eindgebruikers toezenden van betaalde sms-berichten. Bovendien heeft Abor Creative haar op 4 september 2008 bericht dat zij haar services onderbrak. Toen Netsize daarna constateerde dat Abor Creative haar services kennelijk had hervat, heeft zij onmiddellijk, dus tijdig, Abor Creative afgesloten van haar systemen (op 24 september 2008).
- 2.9. Het verstrekken van de door Vodafone en T-Mobile verzochte gegevens van eindgebruikers is volgens Netsize – samengevat – in strijd met de ‘privacyregelgeving’, meer specifiek in strijd met de Wet bescherming Persoonsgegevens (de WBP). De eindgebruikers hebben immers geen toestemming gegeven om de gevraagde informatie aan de operators te verstrekken.
- 2.10. Aanvankelijk, in haar schriftelijke reacties, heeft Netsize ook nog aangegeven dat zij niet in staat was om de gevraagde gegevens aan de operators te verschaffen, omdat Abor Creative die gegevens niet aan haar verstrekke, maar dit verweer heeft zij tijdens de mondelinge behandeling laten vallen.
- 2.11. Abor Creative erkent dat er ten onrechte betaalde sms-berichten aan eindgebruikers zijn verzonden. Volgens haar is dit te wijten aan technische problemen. Ten onrechte is een bestaande database met eindgebruikers gekoppeld geweest aan een logodienst (lopend over 2 shortcodes). Zij heeft steeds adequaat gereageerd op individuele klachten die haar bereikten en de diensten van de betreffende eindgebruikers steeds onmiddellijk stopgezet.
- 2.12. Abor Creative betwist dat het voor eindgebruikers niet mogelijk is geweest zich af te melden voor abonnementsdiensten. Het is juist dat er problemen zijn geweest met de bereikbaarheid van de helpdesk van Abor Creative, maar dat had te maken met een wijziging van telefoonnummers. Het aantal ten onrechte verzonden sms-berichten is volgens Abor Creative veel lager dan Vodafone en T-Mobile stellen. Abor Creative is bereid om eindgebruikers, mits zij zich beklagen, schadeloos te stellen. Volgens haar heeft zij hiertoe al actie ondernomen onder meer door een mededeling hierover op haar website te plaatsen.

3. De beoordeling

Toepasselijkheid van de Gedragscode

- 3.1 Vodafone, T-Mobile en Netsize hebben de Gedragscode meeondertekend en zijn dus partij bij de Gedragscode. Op grond van het bepaalde in artikel 2. lid 1. van de Gedragscode dienen zij de bepalingen van de Gedragscode na te leven. Netsize heeft in haar overeenkomsten met Abor Creative de naleving van de bepalingen van de Gedragscode door Abor Creative verplicht gesteld. Alle partijen zijn dus gebonden aan de bepalingen van de Gedragscode.

Ontvankelijkheid van de verzoeken

- 3.2 Artikel 16 lid 1 van de Gedragscode luidt – voor zover hier van belang – als volgt:
De commissie heeft als taak om op verzoek van een of meer Operators (...) te oordelen over een geconstateerde gedraging van SMS-dienstverlener, Content Provider (...). Zij bepaalt of de gedraging in strijd is met de Gedragscode en zal, indien de Commissie tot het oordeel komt dat dit het geval is, een passende sanctie opleggen overeenkomstig het tweede lid van dit artikel.

OPENBARE VERSIE

- 3.3 Aan het indienen van een dergelijk verzoek worden in de Gedragscode geen nadere voorwaarden verbonden. In artikel 16 lid 1 wordt weliswaar verwezen naar het tweede lid van dat artikel:
De commissie legt alleen een sanctie op indien de Commissie ervan overtuigd is dat er sprake is van overtreding van de Gedragscode en de procedure van artikel 14 van de Gedragscode is gevolgd.
Deze bepaling ziet echter niet op de vraag of een verzoek bij de Commissie kan worden ingediend, maar uitsluitend op de vraag of in geval van overtreding van de Gedragscode een sanctie kan worden opgelegd.
- 3.4 Ook artikel 14 lid 3 van de Gedragscode bevat regels:
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.
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.
Het voldoen aan deze regels is echter evenmin een voorwaarde voor het kunnen voorleggen van een verzoek ex artikel 16 lid 1 van de Gedragscode aan de Commissie.
- 3.5 Zowel Vodafone als T-Mobile is, strikt genomen, dan ook ontvankelijk in haar verzoek aan de Commissie.
- 3.6 De Commissie tekent hierbij echter het volgende aan. De Gedragscode bevat in artikel 14 lid 3 duidelijke procedurele regels die gevolgd moeten worden wil een klacht effect kunnen sorteren, in die zin dat er een sanctie zou kunnen worden opgelegd (zie het hiervoor geciteerde artikel 16 lid 2 van de Gedragscode):
- een operator of een service provider moet een schriftelijk (al dan niet per e-mail) verzoek richten aan de betreffende sms-dienstverlener,
 - waarna de sms-dienstverlener twee werkdagen de tijd heeft om aan het verzoek te voldoen.
- 3.7 De Commissie is van oordeel dat het bij het hiervoor genoemde schriftelijk verzoek dient te gaan om een duidelijke, ondubbelzinnige sommatie. Uit het verzoek moet blijken om welke gedragingen het gaat, terwijl de sms-dienstverlener ook expliciet op de termijn van twee dagen zal moeten worden gewezen. Bij voorkeur zal in het verzoek ook aangekondigd moeten worden dat een verzoek tot handhaving bij de Commissie zal worden ingediend wanneer de sms-dienstverlener niet tijdig aan het verzoek voldoet.
- 3.8 De Commissie stelt vast dat in casu niet is komen vast te staan dat T-Mobile ten aanzien van Netsize de procedure ex artikel 14 van de Gedragscode op de juiste wijze heeft gevolgd. T-Mobile heeft gesteld dat zij wel degelijk zowel een e-mailbericht met een verzoek als aanmaningen heeft verzonden, maar deze berichten bevinden zich niet bij de aan de Commissie overgelegde stukken. De Commissie overweegt dat het – hoewel de Gedragscode daartoe niet verplicht – wenselijk zou zijn geweest als zij bij de bij de ingediende klacht hadden gezeten. Maar in ieder geval hadden zij tijdens de mondelinge behandeling moeten worden overgelegd. Voor T-Mobile was het op dat moment uit de schriftelijke reactie van Netsize immers al duidelijk dat Netsize betwist door haar gesommeerd te zijn het met de Gedragscode strijdige gedrag (lees: het niet tijdig verschaffen van de gevraagde informatie ex artikel 13 lid 3 van de Gedragscode) te staken.

OPENBARE VERSIE

- 3.9 Het gevolg hiervan is dat de Commissie, ook als in het navolgende vast komt te staan dat Netsize de Gedragscode heeft geschonden, niet bevoegd is om op basis van de klacht van T-Mobile een sanctie aan Netsize op te leggen. De klacht van T-Mobile is overigens grotendeels gelijk aan die van Vodafone, die wel de procedure ex artikel 14 lid 3 van de Gedragscode heeft gevolgd.

Natuurlijke personen

- 3.10 De Commissie stelt voorop dat de Gedragscode niet voorziet in een mogelijkheid om te oordelen over dan wel een sanctie op te leggen aan natuurlijke personen achter (rechts)personen die gebonden zijn aan de bepalingen van de Gedragscode. De Commissie zal de stellingen over en het verzoek jegens de natuurlijke persoon R. van Veen van T-Mobile dan ook onbesproken laten.
- 3.11 De Commissie merkt in dit verband, ten overvloede, nog op dat op een aantal plaatsen in de Gedragscode sprake is van termen als “structureel” en “meerdere malen”. De Commissie sluit niet uit dat bij de beantwoording van de vraag of daarvan sprake is, een rol zou kunnen spelen of dezelfde natuurlijke persoon vaker bij verzoeken aan de Commissie naar voren komt. Dit is thans echter niet aan de orde.

Netsize

- 3.12 De Commissie ziet zich gesteld voor de taak te beoordelen of de Netsize ten onrechte geen gevolg heeft gegeven aan de sommatie door Vodafone van 12 september 2008. De inhoud van deze sommatie, die op grond van artikel 16, tweede lid, van de Gedragscode de grenzen van het geschil aangeeft, is als bijlage aan deze uitspraak gehecht. Volgens de sommatie zou Netsize binnen enkele dagen alsnog moeten voldoen aan het verzoek van 9 september 2008 om het bewijs te overleggen dat de eindgebruiker met mobiel nummer 06-19410390 zich had aangemeld voor het ontvangen van logo's van Abor Creative. De Commissie stelt vast dat Netsize zich in strijd met de Gedragscode heeft gedragen. Zij onderbouwt dit als volgt.
- 3.13 Artikel 13 lid 3 sub c van de Gedragscode luidt:
Indien de klacht betrekking heeft op het beweerdelijk onterecht ontvangen van betaalde SMS-berichten, dan zijn SMS-dienstverleners gehouden desgevraagd binnen drie werkdagen aan Operators (...) via de desbetreffende Operator een registratie (shortcode, dienst, tijdstip van het bericht, mobiel nummer en de inhoud) te overleggen van de aanmelding, afmelding van de klant plus de volledige Premium SMS MO bericht en Premium SMS MT bericht geschiedenis voor een SMS-dienst (...) ten behoeve van oplossing van klachten en geschillen. (...).
- 3.14 Vast staat dat Netsize niet de gevraagde gegevens heeft verstrekt aan Vodafone. Netsize heeft dit immers erkend. Terecht heeft Netsize bij de mondelinge behandeling het verweer laten vallen dat zij geheel afhankelijk was van de medewerking van Abor Creative. Een SMS-dienstverlener, zoals Netsize, is ervoor verantwoordelijk dat hij zodanige contracten sluit met content providers, zoals Abor Creative, dat nakoming van de Gedragscode is verzekerd. Nu Netsize op grond van artikel 13 lid 3 sub c van de Gedragscode gehouden was de informatie te verstrekken, is sprake van schending van de Gedragscode.
- 3.15 Het verweer van Netsize dat nakoming van de sommatie zou afstuiten op de privacywetgeving wijst de Commissie af. De Commissie tekent hierbij aan dat het gaat om de gegevens van een eindgebruiker die zich met een klacht tot de operator had gewend. De Commissie is van oordeel dat een eindgebruiker die klaagt en aan de operator verzoekt zijn klacht af te handelen, daarmee ondubbelzinnig toestemming geeft om zijn voor de afhandeling van de klacht relevante gegevens bij de sms-dienstverlener op te vragen (vgl. artikel 8 sub a van de Wet bescherming persoonsgegevens). Naar het oordeel van de Commissie valt de in artikel 13 lid 3 sub c genoemde registratie binnen de voor de afhandeling van de klacht relevante gegevens.

OPENBARE VERSIE

- 3.16 Zowel Vodafone als T-Mobile heeft aan Netsize verzocht om een overzicht en gegevens van alle eindgebruikers die (ten onrechte) betaalde sms-berichten van Abor Creative hebben ontvangen, dus ook van de eindgebruikers die zich niet met een klacht tot hun operator hebben gewend. Het verweer van Netsize ziet met name hierop. Zij is niet bereid deze gegevens te verstrekken, en beroept zich daartoe op de privacywetgeving.
- 3.17 De Commissie overweegt hierover in de eerste plaats dat op dit punt geen sommatie als bedoeld in artikel 14 van de Gedragscode heeft plaats gevonden. In de tweede plaats merkt zij op dat de Gedragscode niet voorziet in een verplichting voor sms-dienstverleners om ook gegevens van eindgebruikers die zich niet met een klacht tot hun operator hebben gewend aan de operator te overleggen. Het niet overleggen van deze gegevens levert dan ook geen schending van de Gedragscode op. Of het in strijd met de privacywetgeving zou zijn als sms-dienstverleners deze gegevens wel zouden overleggen, behoeft tegen deze achtergrond geen bespreking.
- 3.18 De Commissie rekent het Netsize aan dat zij niet alleen niet tijdig, maar zelfs in het geheel geen informatie heeft verstrekt aan Vodafone toen die daarom verzocht. Het is immers noodzakelijk voor een operator dat zij snel beschikt over de informatie om vast te kunnen stellen of een eindgebruiker zich terecht over een bepaalde wijze van sms-dienstverlening beklagt. Dit is niet alleen van belang voor het op adequate wijze kunnen oplossen van de klacht van de eindgebruiker, maar ook ter voorkoming van nieuwe gedupeerden. Gelet op het feit dat Netsize wel actie heeft ondernomen naar de content provider, Abor Creative, toe en deze uiteindelijk heeft afgesloten van haar systemen, zal de Commissie thans uitsluitend een berisping uitspreken, aangevuld met de hierna te noemen publicatieverplichting (artikel 16, lid 4, sub g van de Gedragscode).
- 3.19 De Commissie wijst er ook nog op dat de hiervoor vastgestelde schending van de Gedragscode door Netsize met zich brengt dat Netsize gehouden is de eindgebruikers die zich met een klacht tot hun operator hebben gewend en van wie de informatie niet door Netsize is verstrekt schadeloos te stellen, zelfs los van de vraag of vast komt te staan of er al dan niet toestemming door de eindgebruiker is gegeven voor het ontvangen van de betaalde sms-dienst. Artikel 13 lid 3 sub e van de Gedragscode luidt immers:
Indien de (...) informatie niet of niet tijdig wordt over[ge]legd door de SMS-dienstverlener, dan wordt de Eindgebruiker geacht geen toestemming te hebben gegeven voor de Abonnementsdienst. In dat geval wordt de Eindgebruiker schadeloos gesteld door de SMS-dienstverlener. De SMS-dienstverlener is verantwoordelijk voor de terugbetaling. De Operator (...) zal de SMS-dienstverlener op diens verzoek hierin assisteren. Dit laat onverlet dat de Operator (...) zelfstandig kan besluiten tot terugbetaling van de ten onrechte ontvangen berichten indien de registratie niet of niet tijdig wordt over[ge]legd. Indien de Operator (...) tot terugbetaling overgaat, heeft deze een regresrecht op de SMS-dienstverlener.
- 3.20 De vraag of en in hoeverre Netsize een regresrecht heeft op de content provider die de betaalde sms-berichten heeft verzonden (i.c. Abor Creative), is een vraag die buiten het kader van de Gedragscode en het verzoek tot handhaving aan de Commissie valt, en dus onbesproken kan blijven. Datzelfde geldt voor de vraag op welke wijze Netsize zorg dient te dragen voor de terugbetaling. Op grond van de Gedragscode heeft de Commissie immers de taak om te oordelen over geconstateerde gedragingen van SMS-dienstverleners, content providers of affiliates (artikel 16 lid 1). Het regelen van civielrechtelijke geschillen tussen partijen valt niet binnen deze taakomschrijving. De Commissie geeft wel de operators in overweging toe te zien op en zich in te spannen voor een correcte naleving van de terugbetalingsverplichting.

Abor Creative

- 3.21 Vast staat dat Abor Creative zich in strijd met de Gedragscode heeft gedragen. Abor Creative heeft immers erkend dat er door haar ten onrechte betaalde sms-berichten aan eindgebruikers zijn verzonden, doordat ten onrechte een bestaande database met eindgebruikers gekoppeld is geweest aan een – betaalde – logodienst.
- 3.22 Dat dit – wellicht – aan technische problemen te wijten is, doet voor de vraag of sprake is van overtreding van de Gedragscode niet ter zake.
Artikel 5 lid 2 van de Gedragscode luidt – voor zover hier van belang – als volgt:
Er worden alleen Premium SMS MT berichten verstuurd aan consumenten die daarom pro-actief vanuit het desbetreffende telefoonnummer verzocht hebben (...).
Artikel 8 lid 2 luidt – voor zover hier van belang – als volgt:
Databases/bestanden van bestaande klanten mogen door de SMS-dienstverlener of de Content Provider niet worden gebruikt voor het aanbieden van nieuwe diensten, tenzij hierin nadrukkelijk vooraf door de Eindgebruiker mee is ingestemd (...).
Artikel 9 lid 2 luidt – voor zover hier van belang – als volgt:
Alvorens een abonnementsdienst start dient de Eindgebruiker zich te hebben aangemeld, een aanmeldbevestiging te hebben ontvangen en vervolgens zelf de initiële aanmelding als bedoeld in het eerste lid te hebben bevestigd (...).
In de Gedragscode is ten aan zien van geen van deze artikelen bepaald dat sprake moet zijn van opzet, wil sprake zijn van overtreding van de Gedragscode.
- 3.23 Naar het oordeel van de Commissie zou de vraag of sprake is van opzet of van technische problemen wellicht van belang kunnen zijn bij het bepalen van een passende sanctie, indien het opleggen van een sanctie mogelijk zou zijn. De Commissie is echter van oordeel dat het niet mogelijk is om een sanctie op te leggen, zodat zij het antwoord op deze vraag in het midden zal laten.
- 3.24 Dat het niet mogelijk is om een sanctie op te leggen onderbouwt de Commissie als volgt. De Gedragscode lijkt niet geschreven op het rechtstreeks aanspreken van content providers. Zoals hiervoor al is vermeld, omvat de taak van de Commissie mede het oordelen over geconstateerde gedragingen van content providers, terwijl in artikel 16 lid 4 sub c wordt gesproken over een mogelijke per content provider op te leggen boete. In artikel 14 lid 3 is het echter uitsluitend de SMS-dienstverlener, die dient te worden verzocht om het met de Gedragscode strijdige gedrag onmiddellijk te staken. Artikel 14 lid 4 bepaalt weliswaar dat mede de content provider (vervolgens) gehouden is binnen twee werkdagen de SMS-dienst aan te passen of af te sluiten, maar uitsluitend in het geval de SMS-dienstverlener niet overgaat tot aanpassing, is sprake van een verplichting voor de operator of service provider om een verzoek tot handhaving bij de Commissie in te dienen. Het opleggen van een sanctie is, zoals hiervoor al is overwogen uitsluitend mogelijk als in geval van overtredingen van de Gedragscode een duidelijke sommatie ex artikel 14 lid 3 van de Gedragscode is uitgegaan, waaraan geen gevolg is gegeven.
- 3.25 De Commissie is geneigd artikel 14 lid 3 van de Gedragscode zo ruim uit te leggen dat een verzoek om het met de Gedragscode strijdige gedrag onmiddellijk te staken ook door de operators of service providers rechtstreeks gericht kan worden aan een aan de Gedragscode gebonden content provider, al dan niet gelijktijdig met een sommatie aan de SMS-dienstverlener. In dit geval dient naar het oordeel van de Commissie artikel 14 lid 4 zo uitgelegd te worden dat operators en service providers ook gehouden zijn een verzoek tot handhaving bij de Commissie in te dienen als de content providers niet overgaan tot aanpassing. Is zowel de SMS-dienstverlener als de content provider op deugdelijke wijze gesommeerd, dan kan aan beide een sanctie worden opgelegd als de met de Gedragscode strijdige gedragingen niet binnen twee werkdagen na de sommatie zijn gestaakt.

OPENBARE VERSIE

- 3.26 Een andere mogelijkheid is dat de SMS-dienstverlener nadat zij ex artikel 14 lid 3 door een operator of service provider is gesommeerd op haar beurt een sommatie doet uitgaan naar de betrokken content provider. Zij kan er ook voor kiezen de content provider niet op haar gedrag aan te spreken (waardoor deze laatste buiten de reikwijdte van de Gedragscode komt te vallen). Hoe dan ook geldt dat na uiterlijk twee werkdagen na de eerste sommatie geen sprake meer mag zijn van de met de Gedragscode strijdige gedragingen. Indien operators of service providers hun sommatie hebben gericht aan de SMS-dienstverlener, dan kan aan deze laatste een sanctie worden opgelegd als na die twee werkdagen een voortgezette overtreding wordt geconstateerd, óók als die overtreding feitelijk wordt begaan door de content provider. Het is aan de SMS-dienstverlener om op adequate wijze – contractueel – met de content provider te regelen hoe met dergelijke situaties om te gaan.
- 3.27 In casu geldt in elk geval dat Abor Creative in het geheel niet conform artikel 14 lid 3 is gesommeerd om haar met de Gedragscode strijdige gedragingen te staken, niet door Vodafone of T-Mobile, en ook niet door Netsize. Tussen Netsize en Abor Creative is wel – veelvuldig – contact geweest, maar er is niet gebleken dat op enig moment een duidelijke, ondubbelzinnige sommatie als hiervoor in 3.7 omschreven is uitgegaan. Op grond van het bepaalde in artikel 16 lid 2 van de Gedragscode is het voor de Commissie dan ook niet mogelijk om een sanctie aan Abor Creatie op te leggen.
- 3.28 De Commissie overweegt hier ten overvloede nog dat het in het onderhavige geval ook niet mogelijk is om Netsize te bestraffen voor de ten onrechte door Abor Creative verzonden betaalde sms-berichten. De hiervoor in 3.12 genoemde sommatie van Vodafone spreekt immers alleen over een overtreding bij de informatieverschaffing. Netsize is niet schriftelijk gesommeerd dat het – binnen uiterlijk twee werkdagen – afgelopen moest zijn met het ten onrechte sturen van SMS- berichten door Abor Creative.

Publicatieverplichting

- 3.29 Zoals hiervoor in 3.18 reeds is overwogen zal de Commissie Netsize een publicatieverplichting opleggen. Hoewel Netsize geen sanctie opgelegd krijgt voor het ten onrechte versturen van SMS-berichten door Abor Creative, maar uitsluitend voor het niet voldoen aan haar eigen verplichting informatie te verstrekken, acht de Commissie dit een passende sanctie gelet op alle omstandigheden. De met de Gedragscode strijdige gedragingen van Netsize houden immers wel rechtstreeks verband met de overtreding van de Gedragscode door Abor Creative. Met het opleggen van een publicatieverplichting beoogt de Commissie dat voor mogelijk gedupeerde eindgebruikers duidelijk wordt dat en hoe zij – al dan niet door tussenkomst van hun operator - via Netsize eventueel geleden schade kunnen verhalen.
- 3.30 De Commissie zal Netsize de verplichting opleggen om uiterlijk vier weken na publicatie van deze uitspraak op een halve pagina in de zaterdageditie van een landelijk dagblad, alsmede op een gehele pagina op een doordeweekse dag in tenminste twee landelijke persorganen die gratis verspreid worden, een advertentie te plaatsen waarin eindgebruikers er op worden geattendeerd dat zij mogelijk ten onrechte betaalde sms-berichten hebben ontvangen van Abor Creative, via de door Abor Creative via Netsize gebruikte telefoonnummers en shortcodes. Daarbij dient omschreven te zijn om wat voor soort berichten het gaat en dienen afbeeldingen geplaatst te zijn van de meest gebruikte logo's. Ook moet duidelijk vermeld zijn dat eindgebruikers als zij van mening zijn dat zij ten onrechte dergelijke sms-berichten hebben ontvangen, zich met een klacht c.q. schadeclaim kunnen wenden tot hun provider dan wel Netsize, die zullen zorgdragen voor een zorgvuldige afwikkeling van de klacht c.q. schadeclaim. Uit de advertentie dient duidelijk te blijken op welke wijze eindgebruikers Netsize kunnen bereiken.

4. De beslissing

De Commissie

ten aanzien van Netsize

- 4.1 stelt vast dat Netsize zich in strijd met de Gedragscode heeft gedragen;
- 4.2 berispt Netsize voor haar schending van de Gedragscode;
- 4.3 Verplicht Netsize om binnen vier weken na publicatie van deze uitspraak de publicaties als hiervoor in 3.30 omschreven te doen.
- 4.4 wijst Netsize op haar verplichting ex artikel 13 lid 3 sub 3 van de Gedragscode om de eindgebruikers die hebben geklaagd over het beweerdelijk onterecht ontvangen van betaalde sms-berichten van Arbo Creative en wier informatie zij niet of niet tijdig aan de providers hebben verstrekt schadeloos te stellen;
- 4.5 stelt vast dat Netsize verantwoordelijk is voor de terugbetaling aan de eindgebruikers in de hiervoor onder 4.3 genoemde gevallen;

ten aanzien van Abor Creative

- 4.6 stelt vast dat Abor Creative zich in strijd met de Gedragscode heeft gedragen.

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening op 12 december 2008 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen op 12 december 2008.

Namens de Commissie Handhaving SMS-gedragscode,

w.g. mw. Mr R.H. Koning, voorzitter

OPENBARE VERSIE

From: <<VERTROUWELIJK@vodafone.com>>
Sent: vrijdag 12 september 2008 10:23
To: '<<VERTROUWELIJK@netsize.com>>'
Cc:; '<<VERTROUWELIJK>>
Subject: Netsize - niet nakomen SMS gedragscode
Importance: High

Beste <<VERTROUWELIJK>>,

Dinsdag jl. hebben de helpdesk van Netsize via de mail verzocht om gegevens aan te leveren. Dit verzoek had betrekking op het onterecht ontvangen van een dienst (een logo) bij een eindgebruiker. Zie hiervoor de bijgevoegde mail. Wij vermoeden dat de achterliggende Content Provider Abor Creative is. Van Abor Creative ontvangen wij met regelmaat soortgelijke klachten.

De Netsize helpdesk heeft niet op ons verzoek gereageerd, zelfs niet na een reminder. Inmiddels zijn we 3 werkdagen verder en moeten we vaststellen dat Netsize niet voldoet aan de gedragscode voor SMS dienstverlening. Wij verzoeken jullie om binnen twee werkdagen ervoor te zorgen, dat de helpdesk volgens het overeengekomen service level van maximaal 3 dagen gaat functioneren. Bovendien willen wij een toelichting omtrent de achterliggende oorzaak van het niet functioneren in dit specifieke geval.

Dinsdag jl. hebben wij 's middags een telefoongesprek gevoerd over Abor Creative:

1. Je melde dat de connectie met Abor Creative is afgesloten en er geen premium SMS verkeer meer mogelijk is op de shortcodes 3311, 4747 en 6363. Zou je ons kunnen laten weten met ingang van welke datum en tijdstip de afsluiting heeft plaatsgevonden?
2. Wij hebben gevraagd om een overzicht met mobiele nummers om een refund uit te kunnen voeren. Dit overzicht hebben wij nog niet ontvangen. Gezien het grote aantal klachten van eindgebruikers, die zonder enige aanleiding logo's ontvangen op hun toestel afkomstig van Abor Creative, willen wij alle betrokken eindgebruikers schadeloos stellen. De kosten per bericht bedragen € 1,10 incl. BTW. Vervolgens zullen wij de kosten met Netsize verrekenen.

Wij verzoeken je om uiterlijk dinsdag 16 september 10:30 uur een reactie te geven.

Met vriendelijke groet,
<<VERTROUWELIJK>>

<<VERTROUWELIJK>>

Tel: +31<<VERTROUWELIJK>>
Fax: + 31<<VERTROUWELIJK>>

E-Mail: <<VERTROUWELIJK>>|@vodafone.com
Web: www.vodafone.com

Vodafone Netherlands
Kingsfordweg 43, 1043 GP Amsterdam
Postbus 59095, 1040 KB Amsterdam

This message and any files or documents attached are strictly confidential or otherwise legally protected. It is intended only for the individual or entity named. If you are not the named addressee or have received this email in error, please inform the sender immediately, delete it from your system and do not copy or disclose it or its contents or use it for any purpose. Please also note that transmission cannot be guaranteed to be secure or error-free.