

COMMISSIE HANDHAVING MOBIELE DIENSTEN

Beslissing van 18 juli 2011

op het verzoek van

1. het Loket zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Gedragscode SMS Dienstverlening van 11 december 2009 in werking getreden op 1 maart 2010, vertegenwoordigd door Blue Trust Mobile BV, gevestigd te Noordgouwe

om te oordelen over gedragingen van

2. CM Telecom BV, gevestigd te Breda

Het onderhavige verzoek wordt beoordeeld aan de hand van de regels die golden ten tijde van de bestreden gedragingen. Dientengevolge wordt in het navolgende met de "SMS-Gedragscode" de Gedragscode SMS-Dienstverlening van 11 december 2009 (in werking getreden op 1 maart 2010) bedoeld.

1. De procedure

1.1 De volgende stukken zijn ontvangen:

- Verzoek tot handhaving van het Loket van 9 mei 2011, met bijlage;
- Reactie van CM Telecom BV van 16 mei 2011 met bijlagen.

1.2 De mondelinge behandeling van de zaak heeft plaatsgehad ter zitting van de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening van 8 juni 2011, gehouden te Utrecht. Aldaar zijn verschenen en gehoord gemachtigden van het Loket (eiseres) en CM Telecom BV (gedaagde).

1.3. Ter zitting hebben het Loket en gedaagden een pleitnota voorgelezen en exemplaren daarvan overgelegd aan de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening en aan de wederpartij. De inhoud van de pleitnotities van beide partijen wordt als hier ingelast beschouwd.

1.4. Van het verhandelde ter zitting is een proces verbaal opgemaakt, waarvan een kopie aan deze uitspraak is gehecht.

De Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening (hierna: de Commissie) heeft vervolgens bepaald uitspraak te zullen doen op basis van de door partijen overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting.

2. De gestelde gedragingen en de reacties

2.1 CM Telecom wordt door het Loket in zijn verzoekschrift van 9 mei 2011 schending van artikel 5 lid 3 van de SMS-Gedragscode verweten.

2.2 Op 30 maart 2011 verzoekt het Loket aan CM Telecom BV om loggegevens van twee 06nummers waarvan de eindgebruikers zich hebben aangemeld voor de dienstenfilter en waarbij er toch een SMS dienst van start gaat.

2.3 Op 1 april 2011 levert CM Telecom BV de gevraagde gegevens. Tevens reageert CM Telecom BV op de verweten schending van de SMS-Gedragscode en stelt dat de eindgebruikers zelf hebben verzocht om opheffing van de blokkade door een SMS dienst af te nemen.

2.4 Op 13 april 2011 heeft het Loket verzocht om aanpassing van de dienstverlening voor vrijdag 15 april 2011 om 24.00 uur.

2.5 Op 9 mei 2011 heeft het Loket een verzoek tot handhaving ingediend bij de Commissie.

2.6 Op 16 mei heeft CM Telecom een verweer ingediend dat neerkomt op het volgende:

- de voorfase van het verzoek startte op 30 maart 2011 en op 1 april 2011 heeft CM Telecom BV afwijzend gereageerd op de stellingen van het Loket.
- Op 1 april 2011 heeft CM Telecom BV de filter zoals omschreven in de toen nog niet vastgestelde SMS-Gedragscode van 15 (bedoeld zal zijn 16) mei 2011 geïmplementeerd. In artikel 5 lid 3 van deze Gedragscode is bepaald dat de levering van SMS diensten aan geblokkeerde nummers mag pas weer worden hervat na deblokkering en een nieuwe aanvraag van de SMS dienst door eindgebruikers of door operators namens die eindgebruikers;
- het verzoek is ingediend na het verstrijken van de in artikel 14g van de SMS-Gedragscode genoemde termijn van twee weken;
- het verzoek van het Loket is niet ontvankelijk nu dit pas op 9 mei is ingediend;
- indien het verzoek wel ontvankelijk wordt geacht verzoekt gedaagde om uitstel voor het voeren van materieel verweer.

3. De beoordeling

Toepasselijkheid van de Gedragscode

3.1 De Commissie stelt vast dat niet in geschil is dat de SMS-Gedragscode van toepassing is verklaard in de contracten tussen partijen zodat deze gehouden zijn de bepalingen van de SMS-Gedragscode na te leven.

De ontvankelijkheid

3.2 Artikel 14 van de SMS-Gedragscode luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

Sub e) Het Loket bepaalt of de gedraging in strijd is met de Gedragscode en zal, indien zij van oordeel is dat dit het geval is: (i) de overtreedende 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 SMSdienst op te schorten of af te sluiten zodat de overtreding van de Gedragscode binnen twee werkdagen beëindigd wordt (..)

Sub g) Voorts kan 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 twee 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 overtreedende Partij gewenst is, bijvoorbeeld vanwege het feit dat de dienstverlening of gedraging bij herhaling niet voldoet aan de Gedragscode kan het Loket 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.

Het verzoek om handhaving is ingediend na het verstrijken van de in artikel 14 sub g van de SMS-Gedragscode genoemde termijn. Het Loket heeft aangevoerd dat het verzoek is gebaseerd op herhaalde overtredingen en verzoekt om oplegging van een sanctie ingevolge artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode. Het loket stelt dat een verzoek dat op deze grond is ingediend niet gebonden is aan de termijn van artikel 14 sub g van de SMS-Gedragscode. Dit standpunt volgt de Commissie niet. Het uitgangspunt van de SMS-Gedragscode is dat het loket binnen de geldende termijn een verzoek tot handhaving kan indienen bij een overtreding van de SMS-Gedragscode die ingevolge artikel 14g van de SMS-Gedragscode niet op eerste aanzegging ongedaan is gemaakt. Slechts in dat geval is de Commissie bevoegd om een sanctie op te leggen. In afwijking hiervan is de Commissie ook bevoegd om een sanctie op te leggen als de overtreding wel ongedaan is gemaakt, maar er sprake is van een herhaalde overtreding. De Commissie is van oordeel dat de afwijkingsmogelijkheid van artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode betrekking heeft op de ruimere bevoegdheid van de Commissie om sancties op te leggen. Niet valt in te zien waarom bij

herhaalde overtredingen de indieningstermijn van twee weken niet zou gelden. Een redelijke uitleg van artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode brengt mee dat juist toepassing van de ruimere sanctiebevoegdheid vereist dat de procedure van artikel 14 van de SMS-Gedragscode moet zijn gevolgd. Dit is niet gebeurd. Nu de Commissie van oordeel is dat de te late indiening van het verzoek niet verschoonbaar is, komt het verzoek niet voor behandeling in aanmerking.

4. De beslissing

De Commissie verklaart het verzoek niet ontvankelijk.

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving SMS-Gedragscode SMS dienstverlening op 13 juli 2011 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen op 18 juli 2011.

Deze beslissing is op 13 juli 2011 toegezonden aan het bestuur van de Stichting SMS-Gedragscode, die zal zorg dragen 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