

COMMISSIE HANDHAVING MOBIELE DIENSTEN

Beslissing van 15 februari 2011

op het verzoek van

het Loket zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Gedragscode SMS Dienstverlening van 10 december 2009 in werking getreden op 1 maart 2010

om te oordelen over gedragingen van

1. **GripLO, interactive Media Limited**, (hierna GripLO), gevestigd te Belize, content provider;

en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **TELEFUTURE B.V.** (hierna: Telefuture), gevestigd te Berkel en Rodenrijs, SMS-dienstverlener,

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 1 mei 2008 bedoeld ten aanzien van bestreden gedragingen die voor 1 maart 2010 plaatsvonden. Op 1 maart 2010 is een nieuwe SMS-Gedragscode in werking getreden en is de naam van de Commissie Handhaving Gedragscode gewijzigd in Commissie Handhaving Mobiele Diensten. Ten aanzien van de bestreden gedragingen die na 1 maart 2010 plaatsvonden wordt derhalve met de “SMS-Gedragscode” de Gedragscode SMS-Dienstverlening van 10 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 11 oktober 2010, met bijlagen;
- Reactie van GripLO van 26 oktober 2010 met bijlagen.

1.2 Partijen hebben afgezien van een mondelinge behandeling. Telefuture heeft geen verweerschrift ingediend. De Commissie Handhaving Mobiele Diensten (hierna: de Commissie) doet uitspraak op basis van de door partijen overgelegde stukken.

2. De gestelde gedragingen en de reacties

2.1 Het Loket verzoekt om handhaving met betrekking tot gestelde overtredingen van de SMS-Gedragscode (en de bijbehorende Reclamecode) ten aanzien van door GripLO aangeboden diensten. De overtredingen hebben betrekking op gedragingen die op grond van artikel 14 van de oude Code zijn gemeld door Vodafone en KPN op respectievelijk 23 november 2009 en 22 januari 2010. Daarnaast is sprake van een klacht van een eindgebruiker, die door het Loket ontvangen is op 6 oktober 2010.

2.2 De gedragingen die door Vodafone en KPN zijn geconstateerd kunnen als volgt worden omschreven. Via een Uniform Resource Locator (URL), te weten een webpagina, wordt de kans op een prijs aangeboden door antwoord te geven op een quizvraag. Na een juist antwoord worden eindgebruikers gevraagd om hun mobiele nummer in te vullen en een gratis SMS bericht te beantwoorden. Vervolgens worden eindgebruikers gevraagd om de deelname te bevestigen. Met de bevestiging van de deelname sluiten eindgebruikers een SMS abonnementsdienst af voor een quiz.

Hierbij worden zij echter niet geïnformeerd over de kenmerken van de SMS dienst, zoals kosten, frequentie en afmeldprocedure.

2.3 De derde gestelde overtreding van de SMS-Gedragscode betreft de klacht van een eindgebruiker van 6 oktober 2010 waarbij een verzoek om afmelding van de dienst niet op diens eerste verzoek van 18 augustus 2010 is gehonoreerd. De eindgebruiker heeft op 13 september 2010 succesvol een SMS-dienstenfilter ingesteld. Hiermee werd een blokkade aangevraagd, maar werd de dienst nog niet beëindigd.

2.4 Met betrekking tot de gestelde overtredingen op 23 november 2009 en 22 januari 2010 zijn respectievelijk Telefuture en Golden Bytes aan te merken als SMS dienstverlener jegens GripLO. Vodafone, KPN, Telefuture en Golden Bytes zijn deelnemende partijen aan de SMS-Gedragscode. GripLO heeft zich als content provider contractueel verbonden en is conform artikel 2.1 van de SMS-Gedragscode gehouden de bepalingen van de SMS-Gedragscode na te leven.

2.5 Met de bestreden gedragingen heeft GripLO naar opvatting van het Loket, Vodafone en KPN in strijd gehandeld met de gedragsregels en uitgangspunten van de SMS-Gedragscode (onder meer de artikelen 5.5, 6 lid 2 9.2, 11.2 en 12 lid 2) en de Reclamecode SMS-Dienstverlening (onder meer de artikelen 3.1, 3.2, 3.3, 4.1 en 5.4).

2.6 Mede gezien de aard van het artwork zullen eindgebruikers volgens het Loket veelal in de veronderstelling hebben verkeerd dat zij slechts deelnamen aan een (eenmalige) prijsvraag. In werkelijkheid meldden zij zich aan voor een abonnement op een quizdienst. Op deze wijze werden eindgebruikers misleid over de aard van de SMS-dienst. Daarnaast zijn eindgebruikers onvoldoende geïnformeerd over de kenmerken van de betreffende SMS-diensten. Met name het niet of onvoldoende informeren over prijs, de frequentie van verzending en de afmeldmethode, heeft er volgens het Loket bij vele eindgebruikers toe geleid dat zij zich opgelicht voelden. Een aantal eindgebruikers heeft hun ongenoegen hierover kenbaar gemaakt bij onder meer het Meldpunt Telecomklachten. Het Loket heeft hiertoe 7 meldingen overgelegd van eindgebruikers die in de periode vanaf 17 november 2009 tot en met 28 februari 2010 een klacht hebben ingediend.

2.7 Conform Artikel 14 lid 3 van de SMS-Gedragscode hebben Vodafone en KPN de bestreden gedragingen gemeld bij de SMS-dienstverleners, Telefuture resp. Golden Bytes. Op grond van Artikel 14 lid 4 van de SMS-Gedragscode zijn de SMS-dienstverleners en content providers gehouden de betreffende SMS-diensten binnen twee werkdagen nadat een dergelijke melding is ontvangen in overeenstemming te brengen met de SMS-Gedragscode, dan wel de SMS diensten af te sluiten. De SMS-dienstverleners hebben conform dit artikel gehandeld door GripLO te verzoeken de SMS Diensten in overeenstemming te brengen met de SMS-Gedragscode, dan wel de SMS-diensten af te sluiten. Telefuture is overgegaan tot afsluiting van de SMS-dienst, terwijl GripLO op verzoek van Golden Bytes is overgegaan tot het staken van de betreffende SMS-dienstverlening.

2.8 Het Loket heeft op verzoek van het bestuur de klacht verder bekeken en beoordeeld dat de genoemde partijen in de klacht van KPN en Vodafone nog immer in overtreding zijn, en daarmee herhaaldelijk de SMS-Gedragscode van 1 maart 2010 overtreden.

2.9 Het Loket, Vodafone en KPN zijn verder van mening dat GripLO de SMS-Gedragscode op belangrijke punten structureel heeft overtreden danwel dat er een dreiging tot structureel overtreden aanwezig is, aangezien dezelfde gedraging kort na de eerste constatering wederom voorkwam.

2.10 Ondanks dat de overtredingen ongedaan zijn gemaakt door het afsluiten resp. staken van de SMS-diensten binnen de gestelde termijn, menen Vodafone en KPN dat de Commissie Handhaving bevoegd is een straf op te leggen op basis van artikel 16.3 van de SMS-Gedragscode vanwege het structurele karakter of de dreiging daarvan.

2.11 GripLO heeft op 26 oktober 2010 een verweerschrift ingediend en stelt zich op het standpunt dat GripLO geen overtredingen heeft begaan, omdat GripLO niet promoot of adverteert. GripLO spant zich in voor correcte naleving van de SMS gedragscode door de affiliatienetwerken waar GripLO verder buiten staat. Voorts geeft GripLO aan dat de SMS dienst naar aanleiding van de constatering op 23 november 2009 tijdig is aangepast. De verweten gedragingen op 22 januari 2010 en op 6 oktober 2010 zijn volgens GripLO niet conform de SMS-Gedragscode gemeld zodat GripLO niet in staat is gesteld door het Loket om de vereiste aanpassingen te verwerken. GripLO meent dat het Loket om die reden niet ontvankelijk is in het verzoek tot handhaving. Indien het verzoek wel ontvankelijk is, verzoekt GripLO de overtredingen als geïsoleerde gevallen te behandelen. Er is volgens GripLO geen sprake van structurele overtreding van de SMS-Gedragscode door de twee overtredingen die gemeld zijn op 23 november 2009 en 22 januari 2010. De derde klacht ontstond een jaar na de eerste en heeft betrekking op een technische fout die direct na de constatering is hersteld waarbij de eindgebruiker schadeloos is gesteld. Deze fout kan volgens GripLO evenmin als een structurele overtreding worden gezien.

3. De beoordeling

Toepasselijkheid van de SMS-Gedragscode

3.1 De Commissie stelt vast dat niet in geschil is dat de SMS-Gedragscode van toepassing is op de bestreden gedragingen. Vodafone, KPN, Telefuture en Golden Bytes zijn deelnemers aan de SMS-Gedragscode. GripLO heeft zich contractueel verbonden tot naleving van de SMS-Gedragscode.

Ontvankelijkheid van het verzoek tot handhaving

3.2 Artikel 14 van de SMS-Gedragscode zoals deze gold ten tijde van de overtredingen geconstateerd op 23 november 2009 en 22 januari 2010 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.*

3.5 Bij schrijven van 23 november 2009 en 22 januari 2010 hebben Vodafone en KPN aan respectievelijk Telefuture en GoldenBytes bericht dat met de SMS-Gedragscode strijdige gedragingen waren geconstateerd. Onbestreden is dat Telefuture dit schrijven heeft doorgestuurd aan GripLO. GripLO bestrijdt wel dat zij van Golden Bytes het schrijven heeft ontvangen van KPN op 22 januari 2010.

3.6 Zowel Vodafone als KPN heeft de SMS dienstverleners verzocht om binnen twee werkdagen de dienst zodanig aan te passen dat deze in overeenstemming met de SMS-Gedragscode is. Tevens hebben Vodafone en KPN verzocht om de melding door te sturen naar de content provider GripLO. De hierop betrekking hebbende stukken bevinden zich als bijlage bij het verzoek tot handhaving aan de Commissie.

3.7 De Commissie is van oordeel dat de verzoeken van 23 november 2009 en van 22 januari 2010 een duidelijke, ondubbelzinnige sommatie betreffen als bedoeld in de SMS-Gedragscode. Uit de verzoeken blijkt immers om welke gedragingen het gaat. Daarnaast is ook expliciet op de termijn van twee werkdagen gewezen. De Commissie stelt vast dat Vodafone en KPN ten aanzien van Telefuture en Golden Bytes de procedure ex artikel 14 van de SMS-Gedragscode op de juiste wijze hebben

gevolgd. Het is Loket is dan ook namens Vodafone en KPN ontvankelijk in haar verzoek tot handhaving jegens Telefuture en GripLO met betrekking tot de klachten op 23 november 2009 en 22 januari 2010.

3.8 Het Loket is eveneens ontvankelijk in het verzoek tot handhaving ten aanzien van de overtreding van de SMS-Gedragscode met betrekking tot de klacht van de eindgebruiker op 6 oktober 2010, nu het daartoe strekkende verzoek dateert van 11 oktober 2010 en derhalve binnen de daarvoor gestelde van weken termijn die is opgenomen in artikel 14 sub g van de SMS-Gedragscode, is ontvangen.

De inhoudelijke beoordeling van het verzoek tot handhaving

3.9 Het doel van de SMS-Gedragscode is het waarborgen van rechtszekerheid en transparantie voor eindgebruikers in de markt voor premium SMS-diensten. Dit brengt onder meer mee dat gedragingen van partijen waarvan de identiteit onbekend is worden toegerekend aan de betrokken partij die wel bekend is en die gebonden is aan de SMS-Gedragscode.

3.10 GripLO heeft als content provider geen opening van zaken gegeven ten aanzien van haar affiliatienetwerken. De status van de affiliatienetwerken is derhalve niet duidelijk nu ook hun identiteit onbekend is. Dit leidt ertoe dat de overtredingen die worden begaan door de affiliates worden toegerekend aan GripLO en dat het verweer van GripLO op dat punt niet slaagt.

3.11 De Commissie stelt vast dat de vereiste aanpassingen om de op 23 november 2009 en 22 januari 2010 geconstateerde overtredingen ongedaan te maken tijdig waren doorgevoerd. De Commissie gaat voorbij aan het verweer van GripLO dat de overtreding op 22 januari 2010 niet conform de SMS-Gedragscode zou zijn gemeld, nu de hierop betrekking hebbende stukken bij het verzoek tot handhaving zijn gevoegd. Daarnaast is er tijdig op de melding gereageerd. De Commissie ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of niettemin een sanctie kan worden opgelegd op grond van artikel 16, derde lid, van de SMS-Gedragscode. Volgens deze bepaling kan de Commissie ook een straf opleggen indien overtredingen van de SMS-Gedragscode weliswaar op eerste aanzegging ongedaan zijn gemaakt, maar er sprake is van het meerdere malen overtreden van de SMS-Gedragscode, zodanig dat het overtreden een structureel karakter krijgt of dreigt te krijgen. Daarvan is onder meer sprake wanneer achtereenvolgende overtredingen op het gebied van reclame zijn toe te rekenen aan één en dezelfde partij.

3.12 Het Loket noemt in zijn verzoek tot handhaving drie incidentele overtredingen en een structurele overtreding van de code. De drie incidentele overtredingen zijn:

A. een misleidende aanmeldprocedure (overtreding oude art. 11, lid 2 van de SMS-Gedragscode), gemeld door Vodafone aan Telefuture op 23 november 2009;

B. een misleidende aanmeldprocedure (overtreding oude art. 11, lid 2 van de SMS-Gedragscode), gemeld door KPN aan Golden Bytes op 22 januari 2010

C. het blijven versturen van berichten ondanks een correcte afmelding (overtreding nieuwe art. 12, lid 2 van de SMS-Gedragscode), gemeld door Vodafone aan het Loket op 6 oktober 2010.

Op grond van de drie gebeurtenissen zou sprake zijn van een structurele overtreding. Er is naar het oordeel van het Loket een gegronde reden die een uitspraak van de Commissie gewenst maakt, zoals het bij herhaling niet voldoen aan de code (woorden ontleend aan het nieuwe art. 14 sub g laatste volzin van de SMS-Gedragscode).

3.13 De Commissie is van oordeel dat ten aanzien van de overtredingen onder A en B kan worden gesteld dat deze zich kort na elkaar hebben voorgedaan. Er is echter geen sprake van structurele overtredingen op basis van deze twee constatering. Deze klachten hebben betrekking op overtredingen die binnen de gestelde termijn van twee dagen ongedaan werden gemaakt. Bovendien ligt de datum waarop het Loket de klacht indiende (11 oktober 2010) ver na de twee weken termijn die het nieuwe artikel 14 sub g noemt. Dat geldt ook als die termijn pas zou beginnen te lopen vanaf 1 april 2010, de datum waarop de nieuwe code in werking trad en het Loket zijn functie kon gaan vervullen. Met betrekking tot de klacht onder C geldt dat deze klacht niet vooraf is gegaan door een

opdracht van het Loket krachtens het nieuwe artikel 14 sub g. Er kan dus ook geen sprake zijn van het niet tijdig voldoen aan de opdracht.

3.14 Met betrekking tot de ‘gegronde reden’ als bedoeld in het nieuwe artikel 14 sub g, is het niet nodig dat het Loket eerst een opdracht geeft. Ook de termijnen van twee dagen, resp. twee weken gelden dan niet. Het ligt voor de hand dat het Loket duidelijk aangeeft waarom er een gegronde reden is om de normale procedures niet te volgen. Een structurele overtreding zal moeten worden aangetoond met kwantitatieve gegevens, waaruit blijkt dat GripLO de code kennelijk niet serieus neemt. Naar het oordeel van de Commissie is het Loket er niet in geslaagd om een patroon van overtredingen aan te tonen. Drie overtredingen in een tijdsbestek van een jaar, die alle zijn opgelost, zijn te weinig om aan te tonen dat GripLO en/of Telefuture de code niet serieus zouden nemen. Hierbij komt nog dat de derde overtreding niet soortgelijk aan de eerste twee was en dat GripLO onweersproken heeft gesteld dat deze aan een technisch gebrek te wijten was. Een volgende keer zal het Loket met meer kwantitatieve gegevens moeten komen.

3.15 De recente gedragingen waarnaar het Loket verwijst ter ondersteuning van de opvatting dat er sprake is van een patroon, zijn niet nader onderbouwd. Voor zover het Loket met bijlagen bij het verzoek poogt om aan te tonen dat er meer klachten van eindgebruikers zijn, is dit niet nader uitgezocht of toegelicht in het verzoek. De bijlagen waarin melding wordt gemaakt van klachten van eindgebruikers dateren van 17 november 2009 tot en met 28 februari 2010. Overigens is voor de Commissie niet duidelijk of deze meldingen betrekking hebben op een SMS dienst van GripLO terwijl evenmin duidelijk is of de klachten terecht zijn. Het Loket had meer onderzoek moeten en kunnen doen om inzichtelijk te maken dat er recente gedragingen zijn waaruit blijkt dat er sprake is van het structureel overtreden van de Code. Dit klemt te meer nu niet uitgesloten lijkt dat er bij GripLO sprake is van meer fundamentele problemen en dat er meer eindgebruikers gedupeerd zijn. Het Loket had nader onderzoek kunnen doen naar het aantal klagers en de mate waarin benadeling heeft plaatsgevonden. Op basis van de aangeleverde stukken kan de Commissie geen grond vinden voor de conclusie dat sprake is van structurele overtredingen.

3.16 Voorts is niet gebleken dat GripLO met betrekking tot de derde klacht is aangesproken door het Loket en is opgedragen om de dienstverlening binnen twee dagen na ontvangst van de melding aan te passen. GripLO bestrijdt dat zij een melding van die strekking heeft ontvangen. Nu de overtreding wel is opgelost en de eindgebruiker schadeloos is gesteld, is er geen grond voor een strafmaatregel.

4. De beslissing

De Commissie

ten aanzien van Telefuture en GripLO

4.1 stelt vast dat Telefuture en GripLO zich niet in strijd met de SMS-Gedragscode hebben gedragen, nu de overtredingen op eerste aanzegging zijn verholpen en er geen sprake is van structurele overtredingen;

4.2 legt geen strafmaatregel op.

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Mobiele Diensten op 15 februari 2011 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen op 15 februari 2011.

Deze beslissing is op 15 februari 2011 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 Mobiele Diensten,
w.g. mr. R.H. Koning, voorzitter