

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

J.J.P. Mobile Ltd., handelend onder de naam 12SMS, gevestigd te Tel Aviv (Israel), content provider (hierna 12SMS)

1. De procedure

1.1 De volgende stukken zijn ontvangen:

- Verzoek tot handhaving van het Loket van 21 november 2010, met bijlagen;
- Reactie van 12SMS van 28 november 2010 met bijlagen.

1.2 Partijen hebben afgezien van een mondelinge behandeling. 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 op 21 november 2010 om handhaving met betrekking tot overtredingen van de SMS-Gedragscode (en de bijbehorende Reclamecode) ten aanzien van een door 12SMS aangeboden dienst. De dienst waarmee 12SMS de SMS-Gedragscode overtreedt is de volgende. Een eindgebruiker ontvangt ongevraagd een e-mailbericht van een bekende via sociale netwerken op het web. In dit bericht valt te lezen dat er een geheim bericht klaarstaat. In het emailbericht wordt aan de eindgebruiker gevraagd om zijn of haar 06 nummer in te voeren. Vervolgens ontvangt de eindgebruiker SMS berichten op het opgegeven 06-nummer. In de berichten wordt gevraagd om bevestiging. Als de eindgebruiker dit doet ontvangt hij in het derde MT bericht (het zogenaamde geheime bericht) een link. Deze link bevat de URL naar de mogelijkheid om zelf ook anonieme berichten te versturen. De eindgebruiker zit na zijn reactie op de aanmeldbevestiging vast aan een SMS dienst waarbij hij tegen betaling naast de mogelijkheid van anonieme berichten wallpapers ontvangt. .

2.2 12SMS heeft op 28 november 2010 een verweerschrift ingediend en stelt zich primair op het standpunt dat 12SMS geen overtredingen heeft begaan, omdat 12SMS niet promoot of adverteert. 12SMS spant zich in voor correcte naleving van de SMS gedragscode door de affiliatienetwerken waar 12SMS verder buiten staat. Verder reageert 12SMS inhoudelijk op de verweten gedragingen.

2.3. De veronderstelde overtredingen zijn door het Loket op 14 juni 2010 bij 12SMS gemeld. 12SMS heeft hier op 16 juni 2010 op gereageerd. Zij hebben in de eerste plaats betrekking op de aanmeldbevestiging die 12SMS stuurt. Er zou sprake zijn van een overtreding van artikel 11.3 sub a van de SMS-Gedragscode wegens een misleidende call to action van de dienst ANO. Het Loket heeft deze overtreding als volgt omschreven: De consument ontvangt geen geheim bericht zoals in de Call to Action staat. In het derde MT bericht wordt duidelijk dat de consument via een link eenmalig een geheim bericht kan versturen. De aanmeldbevestiging en het volgende MT bericht spreken nog over het ontvangen van een geheim bericht. In MT bericht drie is er opeens sprake van de mogelijkheid om een geheim bericht te sturen.

2.4 De reactie van 12SMS op 16 juni 2010 aan het Loket, zoals herhaald in het verweerschrift van 28 november 2010, luidt dat er wel degelijk sprake is van een geheim bericht. Dit is volgens 12SMS de

3e MT die men ontvangt na aanmelding. Deze MT bevat een geheime en unieke link waardoor de eindgebruiker onbeperkt en gratis SMS berichten kan versturen.

2.5 Het standpunt van het Loket naar aanleiding van deze reactie van 12SMS is dat de mogelijkheid om geheime berichten te versturen niet hetzelfde is als 'er is een geheim bericht voor je' waarbij een ieder een (geheim) bericht verwacht. 12SMS stelt in haar antwoord dat het geheime bericht is 'dat je gratis SMS berichten kan versturen' maar dit antwoord is volgens het Loket ontoereikend. 12SMS laat namelijk bekenden elkaar, via sociale netwerken op het web, een bericht toesturen dat er een geheim bericht klaar staat. 12SMS is hiervoor door de Reclame Code Commissie veroordeeld. De uitspraak van de Reclame Code Commissie is door het Loket bij het verzoek gevoegd. Het Loket stelt zich op het standpunt dat het antwoord van 12SMS niet alleen niet geloofwaardig is, maar ook onjuist vanwege de wijze van benaderen van potentiële abonnees via vrienden en bekenden. Daarnaast heeft 12SMS geen gehoor gegeven aan de klacht.

2.6 De tweede overtreding van 12SMS ziet volgens het Loket op schending van artikel 11.3 sub b van de SMS-Gedragscode. In de aanmeldbevestiging van 12SMS wordt vermeld als naam van het abonnement 'je geheime bericht' Bij de consument wordt een verkeerde indruk gewekt over de inhoud van de abonnementsdienst. Het werkelijke karakter van de dienst is een wallpaper dienst. Dit is volgens het Loket niet transparant en daarmee misleidend.

2.7 De reactie van 12SMS op 16 juni 2010, zoals herhaald in het verweerschrift van 28 november 2010, op deze gestelde overtreding is dat 'Je geheime bericht' refereert aan zowel het kunnen verzenden van de geheime berichten die verbonden zijn aan de aard van de dienst, als aan het ontvangen van de geheime link met betrekking tot het versturen van de berichten.

2.8 Volgens het Loket is deze toelichting van 12SMS onvoldoende om te kunnen concluderen dat is voldaan aan het criterium 'logisch en ondubbelzinnig'. De mededeling 'je geheime bericht' wijst op het ontvangen van een bericht en niet op de mogelijkheid van het verzenden van berichten.

2.9 De derde overtreding betreft volgens het Loket een schending van artikel 11.3 van de SMS-Gedragscode, waarbij kennelijk bedoeld is op de aanhef van deze bepaling. Het Loket stelt dat de verplichte volgorde uit artikel 11.3 niet wordt aangehouden. Het bericht luidde: "Antwoord nu OK naar 4664, ontvang je geheime bericht en dit ano abonnement! 5 items/wk,15E/wk, E4.50 aanmeldkosten. Info: 12sms.mobi. Stoppen? sms stop." Het Loket stelt dat de call to action in dit bericht ten onrechte niet aan het begin of einde van het bericht staat.

2.10 De reactie van 12SMS op 16 juni 2010 op deze klacht luidt dat de Call 2 action nimmer op een andere plaats stond dan het begin of eind. In het verweerschrift van 28 november 2010 wordt hieraan toegevoegd dat 12SMS er conform artikel 11.3 aanhef van de SMS-Gedragscode voor heeft gekozen om de call to action vooraan te plaatsen en niet aan het eind.

2.11 Volgens het Loket is de toelichting van 12SMS ontoereikend. Door geen gehoor te geven aan de klacht van Het Loket heeft 12SMS de overtreding laten voortduren. Een hertest van deze handelswijze op een willekeurige andere shortcode toont volgens het Loket aan dat de code nog steeds niet nageleefd wordt. Naar de mening van het Loket had 12SMS gehoor moeten geven aan deze klacht.

2.12 De vierde gestelde overtreding betreft misleidende reclame. Het Loket stelt dat uit de reclameuiting onvoldoende blijkt wat het werkelijke karakter van de dienst is.

2.13 De reactie van 12SMS hierop op 16 juni 2010 luidt dat bovenin de pagina duidelijk en ondubbelzinnig staat vermeld wat de dienst betreft door de tekst 'abonneer op anoniem sms en liefdes wallpapers'. Duidelijk is hier dat men naast de anoniem sms functie ook liefdes wallpapers ontvangt. In het verweerschrift van 28 november 2010 geeft 12SMS aan dat in de aanmeldbevestiging destijds het woord 'abonnement' werd genoemd. Er is derhalve voldaan aan de verplichting om te melden dat het om een abonnement gaat.

2.14 Het Loket is hierover van mening dat 12SMS in het geheel niet duidelijk maakt wat de aangeboden dienst nu eigenlijk behelst. De eerdere antwoorden van 12SMS zijn volgens het Loket in tegenspraak met haar laatste antwoord. De call to action is volgens 12SMS het bericht dat er ANOniem berichten verzonden kunnen worden. Onmogelijk valt in te zien hoe deze call to action aansluit bij het ontvangen van “wallpapers”. Ook deze reactie geeft volgens het Loket blijk van een weigerachtige houding van 12SMS. Weliswaar wordt op de website vermeld dat er wallpapers gestuurd zullen worden, maar dit zal door de potentiële klanten van 12SMS gezien worden als een aardige bijkomstigheid. De reclame-uiting zet de potentiële klant op het verkeerde been doordat die is gericht op het geheime bericht. Van een geheim bericht blijkt echter geen sprake te zijn.

2.15 12SMS geeft in het verweerschrift van 28 november 2010 aan dat het Loket de definities in artikel 11.3 sub a en b door elkaar haalt. Van een weigerachtige houding is geen sprake. 12SMS heeft de vermeende overtredingen niet laten voortduren. De campagne is offline gehaald.

2.16 Er is, zo stelt 12SMS, geen bezwaar ingediend door 12SMS bij de Commissie aangezien aangenomen werd dat de antwoorden op 16 juni 2010 bevredigend waren. Naar aanleiding van de uitspraak van de Reclame Code Commissie ziet 12SMS nog strenger toe op haar affiliates

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.

Ontvankelijkheid van het verzoek tot handhaving

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 overtredende 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 overtredende 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.

3.3 Onbetwist is dat het Loket bij schrijven van 14 juni 2010 aan 12SMS heeft bericht dat met de SMS-Gedragscode strijdige gedragingen waren geconstateerd.

3.4 De Commissie beschikt niet over de melding van 14 juni 2010 aan 12SMS maar nu niet wordt betwist dat het schrijven van 14 juni 2010 een duidelijke, ondubbelzinnige sommatie betreft als bedoeld in de SMS-Gedragscode, neemt de Commissie aan dat de procedure ex artikel 14 van de SMS-Gedragscode op de juiste wijze is gevolgd. Het is Loket is ontvankelijk in zijn verzoek tot handhaving jegens 12SMS.

De inhoudelijke beoordeling van het verzoek tot handhaving

3.5 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.

3.6 12SMS 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 12SMS en dat het verweer van 12SMS op dat punt niet slaagt.

3.7 De Commissie stelt vast dat de vereiste aanpassingen om de geconstateerde overtredingen ongedaan te maken niet zijn doorgevoerd. Voor zover 12SMS zich op het standpunt stelt dat zij de verweten gedragingen heeft gestaakt, acht de Commissie dit niet nader onderbouwd. Gegevens ontbreken op welk moment dit dan zou zijn geschied. 12SMS heeft ook niet gesteld of bewezen dat eventuele aanpassingen tijdig zijn doorgevoerd. Het verweer van 12SMS slaagt niet.

3.8 De Commissie is van oordeel dat onduidelijk is wat de eindgebruiker krijgt wanneer hij zich aanmeldt. De aanmelding van de eindgebruiker is gericht op het ontvangen van een geheim bericht, althans, daarvan moet, gelet op de tekst van de website waarvan een print als bijlage 1 bij het verweerschrift van 12SMS was gevoegd, worden uitgegaan. Het geheime bericht, voor zover daar al van gesproken kan worden, is een link, die alleen geopend kan worden na het afsluiten van een abonnement. De Commissie is van oordeel dat deze gang van zaken niet oplevert het toegezonden krijgen van een geheim bericht, zoals eindgebruikers dit mogen en kunnen verwachten. De eindgebruiker verkrijgt primair een abonnementsdienst van wallpapers etc. waarbij het ontvangen van een geheim bericht van een bekende gebruikt wordt als misleidende communicatie en als middel om consumenten te bewegen tot het afnemen van de dienst. Er is dan ook sprake van schending door 12SMS van de Gedragscode.

3.9 De Commissie is van oordeel dat er sprake is van ernstige misleiding in de zin van artikel 3 van de Reclamecode SMS-Dienstverlening omdat door 12SMS ten onrechte bij eindgebruikers de verwachting is gewekt dat zij van een bekende uit hun sociale netwerk een geheim bericht zouden ontvangen, waardoor het voor de eindgebruiker aantrekkelijk werd gemaakt op het bericht in te gaan. In plaats daarvan heeft 12SMS echter, gebruik makend van het adresboek van een nietsvermoedende consument, het bericht verstuurd. 12SMS was daarbij slechts uit op eigen financieel gewin. De Commissie rekent dit 12SMS zwaar aan. De Commissie rekent het 12SMS daarnaast aan dat zij niet alleen niet tijdig, maar zelfs in het geheel geen aanpassing van de dienst heeft doorgevoerd toen het Loket daarom verzocht. Hierdoor konden en kunnen er nog steeds eindgebruikers misleid en gedupeerd worden.

3.10 De Commissie wijst er ook nog op dat, op grond van het bepaalde in artikel 13 lid 1 sub c van de Gedragscode, de hiervoor vastgestelde schending van de Gedragscode met zich brengt dat 12SMS gehouden is de eindgebruikers die zich met een klacht tot hun operator hebben gewend of nog zullen wenden schadeloos te stellen. Hierbij is niet van belang of vast komt te staan of er al dan niet toestemming door de eindgebruiker is gegeven voor het ontvangen van de betaalde sms-dienst, aangezien een eventueel gegeven toestemming voor het ontvangen van de dienst niets afdoet aan de geconstateerde misleiding.

3.11 Gezien de ernst van de misleiding, en teneinde te voorkomen dat nog meer eindgebruikers mogelijkwerwijs gedupeerd raken, zal de Commissie besluiten tot een actieve verspreiding van de uitspraak via het uitbrengen van een persbericht.

3.12 Alle omstandigheden in aanmerking genomen en gezien de benadeling van een groot aantal eindgebruikers legt de Commissie naast de publicatie en de verplichting tot schadeloosstelling van eindgebruikers ook een boete op van € 25.000,--.

3.13 Ten slotte stelt de Commissie vast dat zij niet het standpunt van het Loket deelt dat 12SMS ook de aanhef van artikel 11.3 van de SMS-Gedragscode heeft overtreden (de door het Loket gestelde derde overtreding). De Commissie ziet niet in op welke wijze sprake is van schending van de in artikel 11.3 voorgeschreven volgorde.

4. De beslissing

De Commissie

4.1 stelt vast dat 12SMS zich in strijd met de SMS-Gedragscode en de daaraan gekoppelde Reclamecode SMS-Dienstverlening heeft gedragen;

4.2 verplicht 12SMS alle noodzakelijke maatregelen te nemen om herhaling te voorkomen;

4.3 wijst 12SMS op haar verplichting ex artikel 13 lid 1 sub c van de Gedragscode om de eindgebruikers die hebben geklaagd of zullen klagen over het onterecht ontvangen van betaalde SMS-berichten van 12SMS schadeloos te stellen;

4.4 stelt vast dat 12SMS verantwoordelijk is voor de terugbetaling aan de eindgebruikers in de hiervoor onder 4.3 genoemde gevallen;

4.5 legt bij wijze van strafmaatregel aan 12SMS een boete op van € 25.000,--

4.6 bepaalt dat de openbare versie van deze uitspraak uiterlijk tien dagen na verzending aan partijen zal worden verspreid onder de media.

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 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