Toezicht en handhaving bij sms-geschillen

Rechtspraktijk

*Simon Sanders en Luurt Wildeboer**

Eerder verscheen in Mediaforum[1] een commentaar van Wilfred Steenbruggen over sms-geschillen vanwege te dure en vaak 'ongevraagde' abonnementsdiensten per sms. Steenbruggen constateert dat er erg veel scheidsrechters zijn in het geval van 'misbruik' van sms-diensten, met overlappende bevoegdheden die terug te voeren zijn op uiteenlopende privaatrechtelijke en publiekrechtelijke grondslagen. In deze bijdrage wordt ingegaan op de bijzondere aard van sms-diensten, de van toepassing zijnde regels en de handhaving daarvan. Voorts wordt stilgestaan bij de mogelijkheden voor consumenten om iets tegen misstanden te doen, de rol van de diverse toezichthouders, de recent door Staatssecretaris Heemskerk aangekondigde maatregelen en de vraag of het 'toezicht' voldoende is voor het tegengaan van die misstanden.

Aanleiding

Sms of '*short message service*' is rond 1993 als aanvullende dienst ontwikkeld op basis van de GSM standaard waarmee korte tekstberichten kunnen worden verzonden over het GSM netwerk. Het GSM-netwerk is primair ontwikkeld voor spraakverkeer. In combinatie met de technische mogelijkheden beperkt het verzenden van tekstberichten zich tot circa 160 tekens. Deze limiet heeft tot gevolg dat aanbieders van sms-diensten genoodzaakt zijn te communiceren via enigszins ondoorzichtige 'turbotaal' en soms onbegrijpelijke afkortingen.

Aanvankelijk bleef het gebruik van deze tekstdienst – om diverse redenen – hoofdzakelijk beperkt tot het uitwisselen van korte berichten als alternatief voor spraakverkeer. Later werd deze tekstdienst ook voor meer commerciële doeleinden benut, zoals filemeldingen en het verstrekken van informatie over weer en verkeer. Inmiddels is de tekstdienst uitgegroeid tot een volwaardige entertainment industrie waarbij via sms-berichten beltonen, screensavers, spelletjes en diverse andere (eenvoudige) applicaties voor de mobiele telefoon kunnen worden gedownload. Ook kunnen er bepaalde handelingen worden verricht, zoals stemmen, hetgeen met name door de opkomst van interactieve televisieprogramma's als 'Idols' en 'Popstars' sterk is gegroeid.

Bij het verzenden en ontvangen van sms-berichten zijn verschillende partijen betrokken. Een sms-dienst (content) wordt doorgaans door sms-dienstverleners aangeboden via een netwerkaanbieder. Door de netwerkaanbieder wordt ten behoeve van het afnemen van de sms-dienst een verkort nummer, de zogenaamde '*shortcode*', beschikbaar gesteld. Deze verkorte telefoonnummers worden – anders dan bij gewone nummers – niet door OPTA uitgegeven. Tenslotte is het de gebruiker (consument) die de sms-dienst ontvangt via de door hem gekozen netwerkaanbieder. De consument heeft dus zowel een contractuele relatie met de netwerkaanbieder als met de sms-dienstverlener.

De overeenkomst tussen de consument en de sms-dienstverlener die gebruikelijk op afstand tot stand komt, wordt beheerst door de regels van afdeling 1A van boek 3 BW en afdeling 9A van boek 7 BW.

Zoals gebruikelijk komt ook de overeenkomst voor sms-diensten tot stand op basis van aanbod en aanvaarding. Aanvaarding is meestal gekoppeld aan een actieve handeling van de consument, alhoewel de praktijk leert dat de consument zich daar niet altijd van bewust is. Deze handeling kan bestaan uit het opvragen van bepaalde informatie of andere content als een 'ringtone', via het per mobiele telefoon verzenden van een shortcode naar een bepaald nummer of het bevestigen/beantwoorden van een aanmeldingsbericht. Artikel 7:46i BW bevat bijzondere regels met betrekking tot het verrichten van (electronische) diensten die via de overeenkomst op afstand worden aangeboden. Binnen het bestek van deze bijdrage wordt slechts vermeld dat de bedenktijd van zeven dagen als geregeld in artikel 7:46d BW als gevolg van het bepaalde in artikel 7:46i BW in beginsel niet van toepassing is op sms-diensten.

Sms-dienstverleners maken gebruik van de betalingsmogelijkheden die worden geboden op basis van door netwerkaanbieders gehanteerde tarieven en mogelijkheden voor facturering. Betaling geschiedt door de gebruiker, waarbij de

* Mr. S. Sanders en mr. ing. L.J. Wildeboer zijn advocaat bij CMS Derks Star Busmann NV te Utrecht.

1 *Mediaforum* 2009-5, p. 189.

gebruiker betaalt aan de hand van ontvangen (*'Mobile Terminating'*) of verstuurde (*'Mobile Originating'*) berichten. Met name de eerste categorie is onderhevig aan forse kritiek. De doorsnee gebruiker realiseert zich doorgaans onvoldoende, of in veel gevallen in het geheel niet, dat voor de ontvangen berichten moet worden betaald (de zogenaamde *'reverse billing'*). In het algemeen wordt immers aangenomen dat slechts hoeft te worden betaald wanneer iemand zelf een sms'je verzendt, zoals ook bij 'normaal' belverkeer gebruikelijk is. Voor het ontvangen van die berichten worden door de sms-dienstverlener evenwel kosten in rekening gebracht omdat het een aan de afnemer geleverde dienst betreft.[2]

In de praktijk blijken gebrekkige, verwarrende en/of onvolledige reclame voor sms-diensten tot de nodige problemen te leiden. Dit in combinatie met de eerder genoemde beperkte communicatiemogelijkheden die sms biedt en het feit dat de kosten van de sms-dienst pas achteraf kenbaar worden,[3] zorgt voor een toename van probleemgevallen. Uit diverse consumentenprogramma's blijkt dat consumenten worden verleid tot het reageren op een sms-bericht en zich daardoor onbewust en ongewild binden aan een abonnement op een sms-*'premium service'*. Als gevolg van de door hem of haar ontvangen berichten blijkt veelal dat een dergelijk abonnement achteraf tot hoge kosten leidt voor de consument.

In de overeenkomst met de sms-dienstverlener staat gebruikelijk dat de netwerkaanbieder verantwoordelijk is voor de facturering van de door de consument verschuldigde vergoeding.[4] In de algemene voorwaarden van netwerkaanbieders wordt deze verplichting veelal onderdeel gemaakt van de overeenkomst tussen de netwerkaanbieder en de gebruiker (in de regel een consument).[5] Daarmee worden eventuele betalingsgeschillen tussen de sms-dienstverlener en de gebruiker verlegd naar de netwerkaanbieder, die – anders dan de sms-dienstverlener – jegens de gebruiker een aanzienlijk sterkere (contractuele) positie heeft.[6]

Opzet

Er is al enige tijd veel aandacht voor sms-diensten en maatregelen om iets te doen tegen ongewenste sms-diensten en de daarvoor via de netwerkaanbieder bij de klant in rekening gebrachte kosten omdat de kosten in veel gevallen aanzienlijk oplopen.

OPTA, toezichthouder op de telecomsector, en de Consumentenautoriteit zijn als publieke toezichthouders betrokken bij het toezicht op deze problematiek. Verder spelen de Geschillencommissie Telecommunicatie en de Reclamecodecommissie een rol. Zij geven op aanvraag van consumenten een beslissing in aan hen voorgelegde geschillen. Toezicht op promotionele uitingen voor sms-diensten vindt plaats door de Reclame Code Commissie, maar zal in het vervolg van dit artikel verder buiten beschouwing blijven, hoewel de advertenties voor sms-diensten bijdragen aan de misstanden doordat deze verwarrend en onduidelijk zijn, waardoor consumenten onbewust een abonnement nemen waarvoor moet worden betaald.

Omdat de problematiek niet zozeer is gelegen in de sms-dienst op zichzelf, maar veeleer het gevolg is van onduidelijke reclame over de precieze aard van de aangeboden dienst en de wijze van aanbieden van die diensten – waardoor consumenten door het sturen van één sms-bericht zich onbewust aanmelden voor een sms-dienst die naar later blijkt een abonnement blijkt in te houden waarbij voor ieder ontvangen bericht kosten in rekening worden gebracht – is steeds een sterk beroep gedaan op de betrokken private marktpartijen om te komen tot een oplossing van deze problemen. Ook de netwerkaanbieders onderkenden die problemen en de noodzaak om daartegen gezamenlijk op te treden. Mede op hun initiatief is een gezamenlijke gedragscode, de 'Gedragscode SMS-Dienstverlening', tot stand gekomen. Het gaat hier om een vorm van zelfregulering die een belangrijke plaats heeft bij de aanpak van de problemen rond sms-*'premium service'*. Ook bij de recent door de Staatssecretaris van Economische Zaken aangekondigde maatregelen[7] blijft de Gedragscode een belangrijk uitgangspunt voor de regulering van de sms-diensten.

Ten slotte heeft de burgerlijke rechter inmiddels enkele malen over geschillen met betrekking tot sms-diensten tussen netwerkaanbieders en consumenten geoordeeld.

In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de van toepassing zijnde voorschriften en de daarmee samenhangende handhaving door de verschillende scheidsrechters. Voorts wordt stilgestaan bij de mogelijkheden voor consumenten om iets tegen misstanden te doen bij te dure en vaak 'ongevraagde' abonnementsdiensten per sms, de rol van de toezichthouders en de vraag of dat 'toezicht' voldoende is voor het tegengaan van die misstanden en welke rol de recent door de Staatssecretaris van Economische Zaken voorgestelde maatregelen hebben tegen ongewenste sms-diensten op te treden en daarmee samenhangende misstanden voor consumenten tegen te gaan.

Voorschriften voor sms-diensten en scheidsrechters

Het aantal scheidsrechters dat betrokken is bij het toezicht op sms-diensten houdt mede verband met de verschillende soorten (wettelijke) voorschriften voor die diensten. Hierna wordt kort ingegaan op de verschillende voorschriften, het karakter daarvan en de diverse toezichthoudende en/of geschilbeslechtende instanties.

2 Over de rechtmatigheid van reverse billing, zie Rb. Den Haag 2 februari 2010, *LJN* BL1615.

3 Facturering geschiedt gebruikelijk aan het einde van de maand. Via onlinesystemen is het overigens mogelijk om kosten dagelijks in te zien maar ons is niet bekend in hoeverre daarvan gebruik wordt gemaakt.

4 In art. 4.3 van de algemene voorwaarden van de ANWB is bijv. bepaald: 'De telecom operator is verantwoordelijk voor facturering van het door gebruiker verschuldigde tarief. De telecom operator zal derhalve de door gebruiker verschuldigde tarieven bij de gebruiker in rekening brengen en innen. Bij eventuele onduidelijkheden in of vragen met betrekking tot de factuur dient de gebruiker dan ook contact op te nemen met de betreffende telecom operator.'

5 Zo staat bijv. in de algemene voorwaarden voor mobiele telecommunicatiediensten van KPN dat zij eventuele vergoedingen die verschuldigd zijn voor het gebruik van Contentdiensten van derden op last van deze derden bij de Contractant int en er voor instaat dat de Contractant met de betaling van deze vergoedingen jegens die derde bevrijdend heeft betaald. In de algemene voorwaarden van Vodafone staat dat de Contractant erkent dat de vergoedingen verschuldigd voor het gebruik van een Content Dienst en door hem zullen worden betaald via zijn Abonnement of het bij Vodafone Prepaid behorende prepaidtegoed.

6 Niet in alle gevallen is duidelijk of ook cessie van de vordering heeft plaatsgevonden. Echter gelet op het feit dat de netwerkaanbieder de kosten van premium diensten doorgaans als (haar eigen) kosten in rekening brengt, dient te worden aangenomen dat de vordering die sms-dienstverlener op de eindgebruiker heeft, zijn gecedeerd aan de netwerk aanbieder.

7 Brief aan de Tweede Kamer van 22 januari 2010, TK 2009/10, 31 412, nr. 16.

Gedragscode SMS-Dienstverlening en de Commissie Handhaving

In de eerste plaats geldt de Gedragscode SMS-Dientverlening. Deze is vastgesteld door de Stichting SMS-Gedragscode, waarin telecomaanbieders, sms-dienstverleners en een aantal sms-contentaanbieders deelnemen. Via de onderlinge overeenkomsten zijn alle partijen in de sector aan de gedragscode gebonden. Van genoemde gedragscode maakt ook de Reclamecode SMS-dienstverlening deel uit, welke is aangemeld bij de Stichting Reclame Code.

De Gedragscode bevat voorschriften waaraan de (aanbieding van) sms-dienstverlening moet voldoen, zoals over (de inhoud van) de sms-berichten, de aan- en afmeldprocedures en een klachtenprocedure. Volgens de Stichting SMS-Gedragscode vormen die voorschriften een uitwerking van de normen in de artikelen 3:15a-f BW en 7:46a-j BW en de artikelen 6:193a tot en met 6:193j BW. De Commissie Handhaving, ingesteld op grond van de Gedragscode, is belast met het toezicht op de naleving van die voorschriften en kan daartegen op verzoek van een operator optreden door middel van het treffen van sancties. Dit kan samenlopen met optreden van andere toezichthoudende autoriteiten.

Civielrechtelijke normen en vordering bij de burgerlijke rechter

De consument kan zich, voor zover tussen hem en een sms-dienstenaanbieder een geschil ontstaat, te allen tijde tot de burgerlijke rechter wenden met een vordering tot het vergoeden van de door hem of haar geleden schade of ontbinding van de (onbewust) tot stand gekomen overeenkomst. Daarbij gelden de algemene leerstukken van de wilsgebreken uit Boek 3 BW en die terzake van de wederkerige overeenkomst van Boek 6. Deze worden bij de lezer bekend verondersteld. Daarnaast zijn op sms-diensten de voorschriften van de artikel 3:15a-f BW, 7:46a-j BW en 6:193a tot en met 3:193j BW van toepassing.

De weg naar de civiele rechter vormt voor veel consumenten een behoorlijke drempel bij het zoeken van een oplossing voor hun individuele probleem. Niet in de laatste plaats vanwege het relatief geringe belang, omdat intussen afsluiting dreigt, een uitspraak lang op zich laat wachten en daarmee vaak aanzienlijke kosten zijn gemoeid.

Daarbij komt dat wanneer een consument meent dat ten onrechte kosten in rekening zijn gebracht voor sms-diensten, op hem een zware en vaak onmogelijke bewijslast rust. Hij zal (al dan niet tegen-)bewijs moeten leveren dat hij geen diensten heeft afgenomen, dat hij zich op enig moment voor deze diensten heeft afgemeld dan wel dat hij een dienst heeft ontvangen waarvan hij niet wist of kon weten wat deze dienst inhield, bijvoorbeeld omdat de geleverde sms-dienst niet aansloot bij de verwachtingen omtrent de aangeboden dienst in de advertentie, wat bij advertenties op internet nog wordt bemoeilijkt doordat deze frequent van inhoud wisselen of worden verplaatst.[8]

Uit recent onderzoek[9] is gebleken dat één op de vier (vaak jeugdige) gebruikers van een mobiele telefoon zich ongewild heeft gebonden aan een sms-abonnement. Blijkbaar leidt de wijze waarop deze diensten worden aangeboden, zoals het meedoen aan een spelletje of prijsvraag, dan wel het aanbieden van gratis diensten via internet (chats), in samenhang met het gebruik van turbotaal en gehaast klikgedrag, ertoe dat veel consumenten op het verkeerde been worden gezet en (mede) daardoor onbedoeld een sms-dienst aanvaarden.

Omdat consumenten in de praktijk dus zelf een abonnement aangaan, al dan niet bewust, is de bewijspositie in een civielrechtelijk geschil in de praktijk een weinig benijdenswaardige positie, nu immers voor een geslaagd beroep op dit 'wilsgebrek' strenge eisen gelden en om die reden voor zover ons bekend nog niet is gehonoreerd.

Civielrechtelijke normen en de Geschillencommissie Telecommunicatie

Naast de civiele rechter is de Geschillencommissie Telecommunicatie bevoegd om kennis te nemen van geschillen tussen de bij de Geschillencommissie aangesloten telecomaanbieders en consumenten. De Geschillencommissie Telecommunicatie maakt deel uit van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken.

Ingevolge artikel 12.1 van de Telecommunicatiewet (Tw) zijn telecomaanbieders verplicht zich bij de Geschillencommissie Telecommunicatie aan te sluiten. Uit hoofde van artikel 13.4, onder a, van de Gedragscode bestaat die verplichting ook voor service providers en operators die zijn aangesloten bij de Gedragscode. In zoverre biedt de Geschillencommissie voor de consument in veel gevallen een lagere drempel om hun recht te zoeken dan door naar de rechter te stappen om geschillen over sms-diensten voor te leggen, echter met de kanttekening dat de Geschillencommissie Telecom slechts kijkt of een overeenkomst tot stand gekomen is en niet of de reclame-uiting misleidend is, waardoor er geen sprake is geweest van (volledige) wilsovereenstemming. De uitspraken van de Geschillencommissie hebben de vorm van een vaststellingsovereenkomst in de zin van titel 15 van boek 7 BW.

Wet handhaving consumentenbescherming en de Consumentenautoriteit

De Consumentenautoriteit houdt met het oog op de collectieve belangen van de consument toezicht op de naleving van de voorschriften in de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), waarin voor wat betreft de bestuursrechtelijke handhaving in paragraaf 2.7 wordt verwezen naar overtreding van de voorschriften in een aantal Europese richtlijnen waarvan de relevante bepalingen zijn gecodificeerd in onder andere de artikel 3:15a-f BW en 7:46a-j BW en de artikel 3:193a tot en met 3:193j BW.

Een groot deel van het werkgebied van de Consumentenautoriteit wordt ook bestreken door OPTA op grond van de Tw, de Commissie Handhaving Gedragscode en de civiele rechter. De Consumentenautoriteit treedt pas op indien collectieve consumentenbelangen in het geding zijn. Zij zal derhalve niet tegen iedere individuele overtreding optreden.

8 Omkering van bewijslast uit hoofde van artikel 6:193j BW geldt ingeval een vordering uit hoofde van artikel 3:305d BW wordt ingesteld.

9 Stichting Mijn Kind Online, http://tinyurl.com/ybk978v, p. 26 e.v.

De Consumentenautoriteit heeft de mogelijkheid om een last onder dwangsom en/of een boete op te leggen.[10] Daarnaast beschikt de Consumentenautoriteit over de mogelijkheid om een overeenkomst strekkende tot vergoeding van de schade met de overtreder te sluiten en die verbindend te laten verklaren.[11] Het opleggen van sancties door de Consumentenautoriteit is beperkt in die gevallen waarin voor dezelfde overtreding een andere sanctie is opgelegd of strafvervolging is ingesteld.[12] Dit geldt ook voor de samenloop van bestuurlijke sancties door de Consumentenautoriteit en OPTA. Daarvoor is een regeling getroffen in artikel 4.2 Whc en ter uitwerking daarvan zijn afspraken gemaakt tussen beide toezichthouders zodat door OPTA en de Consumentenautoriteit tegelijkertijd slechts tegen (deel)aspecten van een overtreding wordt opgetreden. Samenloop van sancties is op die manier beperkt. Dit geldt echter niet voor (privaatrechtelijke) sancties van de Commissie Handhaving krachtens de Gedragscode.

Spamverbod en OPTA

Het versturen van ongevraagde elektronische boodschappen (spam), waaronder ook sms-berichten, in of vanuit Nederland is op grond van artikel 11.7 Tw verboden, tenzij de ontvanger daarvoor zelf toestemming heeft gegeven.

Artikel 11.7 Tw bepaalt, voor zover relevant, dat het gebruik van elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees uitsluitend is toegestaan, als de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend.

OPTA is bevoegd tot handhaving van het spamverbod en kan bij overtreding daarvan een last onder dwangsom of een boete opleggen. OPTA kan overigens niet tegen buitenlandse spam optreden omdat spam die niet vanuit Nederland wordt verzonden niet onder de reikwijdte van het (territoriale) verbod in de Tw valt.

Toezicht en handhaving

Vanwege de verschillende (soorten) voorschriften met betrekking tot sms-diensten zijn er verschillende 'scheidsrechters' die iets kunnen doen tegen ongewenste sms-berichten en de daarvoor via de netwerkaanbieder bij de consument (achteraf) in rekening gebrachte kosten.

Hieronder zal op de verschillende mogelijkheden worden ingegaan en worden stilgestaan bij de effectiviteit daarvan voor de consument, die immers wordt geconfronteerd met ongewilde sms-berichten en veelal hoge kosten en de dreiging om bij niet-betaling afgesloten te worden.

Er zal worden stilgestaan bij de zelfregulering door de sector door middel van de Gedragscode voor sms-dienstverlening en de verschillende vormen van privaat- en publiekrechtelijke handhaving van de verschillende voorschriften.

Handhaving Gedragscode door Commissie Handhaving; publiek- of privaatrechtelijk?

De Commissie Handhaving Gedragscode SMS-Dienstverlening heeft reeds in een aantal gevallen sancties opgelegd. De vraag rijst of ondanks de zelfregulering het daarbij gaat om overheidstoezicht, in welk geval bezwaar en beroep openstaat bij de bestuursrechter en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden voldaan.

Eerder heeft zich in de rechtspraak de vraag voorgedaan of zelfregulering in de telecomsector een overheidsaangelegenheid betreft. Het ging daarbij om de Stichting informatiedienstcode (Stic), een door de minister krachtens artikel 4.11, derde lid, Tw erkende instelling voor toezicht op de herkenbaarheid en betrouwbaarheid van nummers. Krachtens een aansluitovereenkomst die door een platformaanbieder met Stic moet worden aangegaan, wordt de verplichting tot naleving van de Gedragscode van Stic en de handhaving daarvan door middel van sancties in de overeenkomst met nummerhouders opgenomen.

Bij Stic ging het om een privaatrechtelijke rechtspersoon. Van een publiekrechtelijk karakter kan sprake zijn als een college met openbaar gezag is bekleed.[13] Er moet dan sprake zijn van overwegende overheidsinvloed. Daarvoor is geen wettelijke grondslag vereist. Ook overigens kan sprake zijn van overheidsbesluiten, mits deze strekken ter vervulling van een publieke taak.[14]

De Rechtbank Rotterdam is van oordeel dat Stic geen publiekrechtelijk karakter bezit omdat met artikel 4.11 Tw is beoogd zelfregulering te introduceren.[15] Het CBB oordeelt daarentegen dat de organen van Stic, zoals de Klachtencommissie Stic en de Beroepscommissie Stic zijn aan te merken als bestuursorganen. De wettelijke verplichting tot aansluiting bij een op grond van artikel 4.11 Tw erkende instelling, is daartoe volgens het CBB met name bepalend.

Doet zich nu in het geval van de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-Dienstverlening zich een soortgelijk situatie voor als bij Stic. Wij menen van niet, aangezien de Commissie Handhaving, die bevoegd is beslissingen te nemen omtrent het opleggen van sancties bij de overtreding van de SMS-Gedragscode, louter op grond van die Gedragscode met haar taak is belast. Van overwegende overheidsinvloed kan derhalve niet worden gesproken, zodat sancties krachtens de Gedragscode niet zijn aan te merken als appellabele besluiten.

In soortgelijke zin is geoordeeld bij de Stichting Aanvullende Voorzieningen bij Arbeidsongeschiktheid in het Horecabedrijf en de Commissie van beroep, die waren ingesteld op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) voor de horeca, welke cao door de minister algemeen verbindend was verklaard. De Rechtbank Amsterdam oordeelde[16] dat een wettelijke regeling ontbrak en de uitoefening van bevoegdheden was gebaseerd op de cao. De omstandigheid dat de cao algemeen verbindend was verklaard speelde geen rol.

10 Artikel 2.9 Whc
11 Artikel 2.6 Whc
12 Artikel 2.19 Whc
13 Art. 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, Awb.
14 Zie o.a. ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 (*Silicose slachtoffers*) en ABRvS 12 november 1998, *AB* 1999, 30 (*Waarborgfonds Eigen Woningen*).
15 Rb. Rotterdam, 9 maart 2004, *Mediaforum* 2005-6, nr. 23 m.nt. B.K. Olivier.
16 Rb. Amsterdam 17 januari 1997, *JB* 1997, 59.

Omdat moet worden aangenomen dat er bij het niet naleven van de SMS-Gedragscode geen sprake is van overtreding van een publiekrechtelijk voorschrift, is er ook geen bevoegdheid tot publiekrechtelijke handhaving van de Gedragscode.

Op de vraag of op privaatrechtelijke grond overtreding van de SMS-Gedragscode verder kan worden aangepakt, zal hierna worden ingegaan.

Privaatrechtelijke handhaving SMS-Gedragscode

Handhaving van de Gedragscode door de Commissie Handhaving heeft een privaatrechtelijk karakter. Sancties bij overtreding van de Gedragscode houden derhalve verband met het niet-naleven van eerder overeengekomen voorwaarden tussen de bij de Gedragscode aangesloten partijen terzake van sms-diensten en hebben *de facto* het karakter van sanctionering vanwege wanprestatie.

De wanprestatie betreft echter enkel de bij de Gedragscode aangesloten contractspartijen, te weten de sms-dienstverleners en contentaanbieders. In verband daarmee kunnen benadeelde consumenten daarop geen rechtstreeks beroep doen. Zij zullen zich daartoe moeten wenden tot hun telecomaanbieder of sms-dienstverlener.

Civiele rechter

Ook de civiele rechter heeft in enkele uitspraken[17] naleving van de Gedragscode als norm gesteld voor de beoordeling van de handelwijze van sms-dienstverlener en netwerkaanbieder. Jurisprudentie met betrekking tot geschillen tussen consument en sms-dienstverleners en netwerkaanbieders over sms-diensten is echter (nog) schaars. De eerste relevante gepubliceerde uitspraak gaat terug tot 2007. De rechtbank stelt in die uitspraak[18] voorop dat de netwerkaanbieder slechts als doorgeefluik voor de sms-berichten fungeert, de door de netwerkaanbieder gefactureerde bedragen in beginsel dienen te worden betaald, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. In 2008 zijn drie zaken gepubliceerd waarbij in twee gevallen een beroep wordt gedaan op de Gedragscode.

In een zaak van 26 maart 2008[19] wordt een abonnee geconfronteerd met een geblokkeerde telefoon en een rekening van ruim € 2.000,– vanwege sms-diensten. De rechter gaat in zijn uitspraak uitvoerig in op de rechtsverhouding tussen de netwerkaanbieder en de sms-dienstverlener uit hoofde van de destijds geldende Gedragscode SMS-dienstverlening. Op basis van de verschillende elementen van de Gedragscode komt de rechtbank tot de conclusie dat sprake is van een derdenbeding in de zin van artikel 6:253 BW en de consument derhalve aan de daarvoor in aanmerking komende bepalingen ten opzichte van de netwerkaanbieder een rechtstreeks beroep kan doen. Artikel 6.2 onder e van de Gedragscode bepaalt dat indien de registratie niet of niet tijdig kan worden overlegd door de sms-dienstverlener, de eindgebruiker geacht wordt geen toestemming te hebben gegeven voor de abonnementsdienst. Vervolgens constateert de rechtbank dat de netwerkaanbieder heeft verzuimd tijdig bij de sms-dienstverlener informatie op te vragen (artikel 3 en 6.2 onder c van de Gedragscode uit 2003) waardoor het recht op schadeloosstelling van de consument was komen te vervallen. Daarmee handelde de netwerkaanbieder in strijd met de goede trouw die de netwerkaanbieder haar abonnee verschuldigd was. Op grond daarvan kon de netwerkaanbieder geen beroep doen op nakoming van de betalingsverplichting van de abonnee. Ook de Rechtbank Utrecht volgt deze redenering onder verwijzing naar de uitspraak van de Rechtbank Arnhem.[20] In een vergelijkbare zaak komt ook de Rechtbank Leeuwarden[21] tot eenzelfde oordeel dat niet is gebleken dat de in de Gedragscode voorgeschreven aanmeldprocedure is gevolgd en dat de netwerkaanbieder onvoldoende controle heeft uitgevoerd. Minder gelukkig loopt het af voor een abonnee bij de Rechtbank Maastricht. Net als door de Rechtbank Middelburg is gesteld, overweegt de rechtbank dat de netwerkaanbieder slechts een doorgeefluik is voor het verzenden en ontvangen van sms-berichten en dat de door de netwerkaanbieder gefactureerde bedragen in beginsel betaald dienen te worden tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden.

Ten slotte rijst de vraag of op grond van deze verkregen vordering de netwerkaanbieder ook gerechtigd is tot opschorting of beëindiging van de gehele dienstverlening indien de eindgebruiker weigert de kosten in verband met de premium sms-diensten te betalen. In de praktijk maken netwerkaanbieders regelmatig van deze bevoegdheid gebruik.

Het is echter maar de vraag of er tussen de verkregen vordering en (overige) diensten van de netwerkaanbieder voldoende samenhang bestaat, zoals is vereist op grond van artikel 6:52 BW. Voor zover de consument zijn betalingsverplichting betwist dan wel in ieder geval opschort op grond van een gebrek/gebrekkige overeenkomst van de zijde van de sms-dienstverlener, is het maar de vraag of voor het opschorten van de volledige dienstverlening door de netwerkaanbieder voldoende samenhang bestaat. De samenhang dient ons inziens te worden beoordeeld als had geen cessie plaatsgevonden. Voor zover de sms-dienstverlener de bevoegdheid had om op te schorten, komt dat recht – ten aanzien van die sms-dienst – ook de netwerkaanbieder toe. Had de netwerkaanbieder geen zelfstandige grond voor opschorting, dan geldt die bevoegdheid ook niet voor eventuele andere door de netwerkaanbieder geleverde diensten.[22]

De brief van de staatssecretaris[23] en de gewijzigde Gedragscode beoogt in ieder geval duidelijkheid te verschaffen op dit punt. Het recht op opschorting wordt ingeperkt.

Aan netwerkaanbieders is een 'inspanningsverplichting' opgelegd om een regeling op te stellen voor het opschorten van de betalingsverplichting ten aanzien van geleverde premium

17 Rb. Arnhem, Sector Kanton 26 maart 2008, *LJN* BC8904; Rb. Utrecht, Sector Kanton 16 juli 2008, nummer: 566338 UC 08-3908 PK; Rb. Leeuwarden, Sector Kanton 11 februari 2009, *LJN* BH2709.

18 Rb. Middelburg, Sector Kanton 14 02 2007, *LJN* AZ8950.

19 Rb. Arnhem, Sector Kanton 26 maart 2008, *LJN* BC8904.

20 Rb. Utrecht, Sector Kanton 16 juli 2008, *LJN* BF8825.

21 Rb. Leeuwarden, Sector Kanton 12 februari 2009, *LJN* BH2709.

22 Van de wettelijke regeling van artikel 6:52 BW kan weliswaar worden afgeweken, maar afwijkingen in algemene voorwaarden die ten nadele van de consument of ten voordele van de gebruiker van algemene voorwaarden zijn opgenomen zijn onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar. Voor zover de algemene voorwaarden van de netwerkaanbieder haar bevoegdheid uitbreidt tot iedere tekortkoming in de nakoming, met inbegrip van eventueel verkregen vorderingen, menen wij dat een dergelijke bepaling op gespannen voet staat met het bepaalde van artikel 6:236 sub c j° 6:236 sub a BW en is een dergelijke bepaling derhalve vatbaar voor vernietiging.

sms- diensten wanneer de abonnee de betaling betwist en/of een klacht indient bij de Geschillencommissie Telecom. De definitieve regeling zal deel uitmaken van de Gedragscode.

Voorzover ons bekend is deze regeling nog niet vastgesteld. Gelet op het standpunt van de staatssecretaris dient deze regeling er in ieder geval toe te leiden dat de betalingsverplichting van door consumenten betwiste bedragen bij het indienen van een klacht automatisch en terstond worden opgeschort.[24] Daarnaast dienen consumenten duidelijk te worden geïnformeerd over hun rechten om betwiste bedragen te laten storneren. Opschorting of stornering van het betwiste bedrag mag niet worden aangemerkt als wanbetaling en kan niet leiden tot bijvoorbeeld het afsluiten van de mobiele telefoon, tenzij is aangetoond dat de klacht van de consument niet terecht was.

Naast deze regeling heeft de staatssecretaris aangekondigd met wetgeving te komen waarin netwerkaanbieders alleen onder duidelijke voorwaarden een incassofunctie ten behoeve van derden mogen vervullen.

Ook de rechtmatigheid van het tot nu toe gehanteerde reverse billingsysteem is inmiddels onderwerp van geschil geweest. Eind 2009 heeft de Consumentenbond een langslepende kwestie als aanleiding gebruikt om verschillende vermeende misstanden aan de voorzieningenrechter voor te leggen, waaronder het principe van reverse billing.[25] Voorzover voor deze bijdrage relevant, vorderde de Consumentenbond een verbod op reverse billing zolang door (in dit geval de gedagvaarde) netwerkaanbieders geen voorzieningen zouden zijn getroffen die i) hen in staat zou stellen om te achterhalen aan wie van hun eindgebruikers eventueel ongevraagde berichten zouden zijn verzonden en ii) of deze eindgebruikers vooraf met de ontvangst van het bericht hebben ingestemd. De Consumentenbond stelt, kort gezegd dat het faciliteren van een dienst, in dit geval het reverse billingsysteem, waarvan eenvoudig misbruik kan worden gemaakt, onrechtmatig is jegens de eindgebruiker.

De voorzieningenrechter wijst de vordering van de Consumentenbond echter af, onder andere vanwege het feit dat niet zou zijn gebleken dat thans nog steeds structureel en op grote schaal misbruik wordt gemaakt van het reverse billingsysteem, er voldoende tegen misbruik is opgetreden en restitutie is verleend aan klagers. De stelling dat er (eenvoudig) misbruik gemaakt kan worden van het systeem, brengt aldus de voorzieningenrechter nog niet als vanzelfsprekend mee dat het systeem daarom verboden dient te worden.[26]

Geschillencommissie Telecommunicatie

Naast de civiele rechter is de Geschillencommissie Telecommunicatie bevoegd om kennis te nemen van geschillen tussen de bij de Geschillencommissie aangesloten telecomaanbieders en consumenten. Op grond van artikel 12.1 Tw bestaat voor telecomaanbieders de verplichting zich bij een van overheidswege erkende geschillencommissie aan te sluiten.

Hoewel wordt aangenomen dat de uitspraken van de Geschillencommissie een privaatrechtelijk karakter hebben vanwege de vorm van een vaststellingsovereenkomst op grond van titel 15 van boek 7 BW, zou op grond van de hiervoor aangehaalde uitspraak van het CBB inzake de kwalificatie van Stic, betoogd kunnen worden dat ook de Geschillencommissie moet worden aangemerkt als een bestuursorgaan. Voor het CBB was immers ook de wettelijke verplichting tot aansluiting bij een door de minister erkende instantie bepalend voor het aannemen van een publiekrechtelijk karakter. Ten aanzien van de Geschillencommissie is deze redenering tot nu toe niet gevolgd en wordt (vooralsnog) algemeen aangenomen dat sprake is van een privaatrechtelijke instantie voor geschilbeslechting.

De Geschillencommissie heeft ruime bevoegdheden om een geschil te beslechten en om in de contractuele verhoudingen tussen de betrokken partijen te treden. In de praktijk blijkt het aantal geschillen dat door consumenten aan de Geschillencommissie Telecommunicatie wordt voorgelegd, beperkt te zijn. Een klein deel daarvan ziet slechts op sms-diensten. Blijkens een uitspraak van de Geschillencommissie uit 2005 over de onbewuste aanmelding sms-diensten, lijkt die weg voor de consument niet erg heilzaam. Op basis van de regels in de Code of Conduct over het aan- en afmelden voor sms-diensten, komt de Geschillencommissie tot de conclusie dat op basis van de aanmelding een overeenkomst tot stand is gekomen. De overige door de klager aangevoerde gronden brengen de Commissie niet tot een ander oordeel. Deze redenering sluit aan bij de redenering die door de bestuursrechter is gehanteerd in het kader van de handhaving van het spamverbod door de OPTA op grond van de Tw. Hieronder zal hierop nader worden ingegaan.

Publiekrechtelijke handhaving

Omdat er ter regulering van de sms-dienstverlening ook een aantal wettelijke voorschriften gelden, vindt het toezicht op de naleving van die voorschriften door publiekrechtelijke instanties zoals OPTA en de Consumentenautoriteit plaats. Daarvoor beschikken zij over een aantal handhavingsbevoegdheden. Hieronder zal hierop worden ingegaan.

Handhaving door de Consumentenautoriteit

De Consumentenautoriteit is ingesteld bij de Whc en vormt daarmee een tamelijk nieuwe loot aan de stam van (publiekrechtelijke) toezichthouders. De Consumentenautoriteit is belast met de handhaving van de wettelijke bepalingen op het gebied van telemarketing, oneerlijke handelspraktijken door onder andere sms-dienstenaanbieders of contentaanbieders en misleidende reclame in zijn algemeenheid.

De afgelopen jaren heeft de Consumentenautoriteit, naast OPTA, naar aanleiding van diverse klachten aandacht besteed aan sms-diensten zoals ringtones en entertainmentdiensten. Voor dergelijke sms-diensten zijn de advertenties en andere vormen van reclame vaak onduidelijk en verwarrend, waardoor de consument zich niet realiseert waartoe hij of zij zich verbindt en zo ongewild een overeenkomst tot stand komt. De veelal op jongeren gerichte misleidende en agressieve marketing is één van de aandachtsgebieden van de Consumentenautoriteit geworden. Om die reden heeft de Consumen-

23 Zie voetnoot 7.

24 Ingeval van prepaid 'afboekingen' zal opschorting van de betalingsverplichting niet mogelijk zijn.

25 Zie voetnoot 2.

26 Daarnaast spelen een aantal overwegingen van meer feitelijke aard een rol bij het oordeel van de voorzieningenrechter, zoals het feit dat nu slechts twee netwerkaanbieders zijn gedagvaard, de consument wellicht geen belang heeft bij een algemeen verbod.

tenautoriteit mede aangedrongen op aanscherping van de SMS-Gedragscode om zo te voorkomen dat aanbieders in een 'digitale' omgeving (teveel) vrij spel hebben.

De Consumentenautoriteit is opgericht om op te treden in gevallen dat 'collectieve consumentenbelangen' in het geding zijn en zal derhalve niet tegen iedere individuele overtreding optreden. Kent OPTA de mogelijkheid van prioritering, de Consumentenautoriteit mag zijn bevoegdheden dus pas uitoefenen wanneer de belangen van meerdere consumenten zijn geraakt, zoals dat zich bij sms-'*premium service*' voordoet.

De Consumentenautoriteit is bevoegd onderzoek te doen naar overtredingen van de wettelijke regels terzake van (misleidende) reclame en met betrekking tot de door de sms-aanbieders te verstrekken informatie. Bij constatering van zo'n overtreding is de Consumentenautoriteit bevoegd op grond van de Whc om een bestuurlijke boete op te leggen. In een aantal gevallen heeft de Consumentenautoriteit al stevige boetes opgelegd.[27] De Consumentenautoriteit werkt hierbij ook nauw samen met OPTA. Gezien de recente rechtspraak over de bevoegdheid van OPTA op grond van artikel 11.7 Tw op te treden tegen ongevraagde sms'jes (zie hierna), zou de rol van de Consumentenautoriteit wel eens (onbedoeld) sterk kunnen gaan toenemen in betekenis bij de handhaving van de wet bij misstanden door misleidende aanbiedingen voor sms-'*premium service*'.

De Consumentenautoriteit kan tevens klachten indienen bij de Stichting Reclame Code over misleidende reclame voor aanbiedingen van ringtones, games en diverse andere sms-diensten. Dit moet leiden tot aanpassing van de reclameboodschap en moet zo een einde maken aan de geconstateerde misstanden. Biedt dit geen uitkomst dan kan zij zelf optreden.

Handhaving door de Consumentenautoriteit is echter *ultimum remedium* en fungeert in die zin als vangnet. Als er sprake is van vormen van zelfregulering, zoals in het geval van sms-diensten op grond van de SMS-Gedragscode, dient daaraan voorrang te worden gegeven. De consument die met misstanden ten gevolge van misleidende reclame over sms-'*premium service*' wordt geconfronteerd, moet dus afwachten of in zijn geval wordt opgetreden.

In zoverre rijst dan ook de vraag of de Consumentenautoriteit het spel van sms-diensten in voldoende mate kan bepalen en of zij over toereikend gereedschap beschikt om daadwerkelijk de voorwaarden voor de levering van sms-diensten voor consumenten transparant te krijgen.

In de praktijk echter heeft de Consumentenautoriteit al diverse stevige boetes opgelegd in verband met sms-'*premium service*' omdat de bijzondere informatieverplichtingen om consumenten te beschermen, zoals om welke dienst het gaat, wat de kosten zijn en hoe men zich voor de dienst kan afmelden, niet zijn nageleefd. Tevens heeft de Consumentenautoriteit al diverse klachten bij de Reclame Code Commissie ingediend die gegrond zijn verklaard.

Hoewel kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij de rol van de Consumentenautoriteit en daarmee de effectiviteit van deze toezichthouder, hoeft dit in de praktijk een succesvol optreden tegen sms-misstanden derhalve niet in de weg te staan. De Consumentenautoriteit kan derhalve een belangrijke rol spelen bij het tegengaan van misleidende reclames voor en aanbiedingen van sms-diensten als ringtones e.d. en klachten van consumenten voorkomen.

Handhaving spamverbod door OPTA

OPTA is belast met de handhaving van het spamverbod in artikel 11.7 Tw en kan bij overtreding daarvan een last onder dwangsom of boete opleggen. Spam betreft niet alleen het versturen van ongevraagde e-mails maar ook van ongevraagde sms'jes. OPTA maakt als toezichthouder onder andere gebruik van klachten van consumenten over sms'jes waardoor zij ongewild aan sms-abonnementsdiensten vastzitten. OPTA heeft voor die klachten zelfs een aparte website (www. spamklacht. nl) geopend. Zij is niet verplicht om iedere klacht in behandeling te nemen[28], maar zal doorgaans pas optreden bij grootschalig misbruik of indien een patroon zichtbaar is in het aantal klachten over een bepaalde dienst of aanbieder.

Het is OPTA toegestaan om enige prioritering aan te brengen bij haar toezicht en handhaving, mede omwille van de beperkte middelen die zij beschikbaar heeft voor haar toezichtstaken. Ook hier geldt dus dat particuliere gebruikers niet in alle gevallen kunnen rekenen op hulp van OPTA bij klachten over sms-misbruik.

OPTA staat niettemin bekend om haar harde aanpak bij spambestrijding en het opleggen van stevige sancties. Zo heeft OPTA in mei 2009 een bedrijf een last onder dwangsom opgelegd om het bedrijf te laten stoppen met het versturen van 'ongevraagde' sms-berichten zonder geldige afmeldmogelijkheid. De voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft deze last op 30 september 2009 echter geschorst in afwachting van behandeling van het bezwaar dat SD&P had ingediend tegen deze last.[29]

Volgens de voorzieningenrechter is geen sprake van een overtreding. De aanbieder stelde zich primair op het standpunt dat artikel 11.7 TW in dit geval niet van toepassing was omdat geen sprake zou zijn van 'ongevraagde communicatie' nu het immers ging om de toezending van berichten aan degenen die zich als abonnee voor die dienst hadden opgegeven. Dit moest in dit geval zelfs volgens een dubbele opt in-procedure. Die hield in dat een consument pas een aanmeldbericht werd gezonden, nadat deze zich door middel van het invoeren van zijn of haar mobiele nummer had aangemeld. Vervolgens moest de ontvanger van het aanmeldbericht volgens een daarin opgenomen instructie, zich aanmelden voor de abonnementsdienst. De daarop volgende sms-berichten zouden om die reden niet kunnen worden aangemerkt als ongevraagde berichten. De voorzieningenrechter is het daarmee eens en oordeelt dat in het desbetreffende geval een overeenkomst tot stand is gekomen tussen de aanbieder en zijn abonnees op basis van het aanbod

27 Zie: www.consumentenautoriteit.nl/besluiten__en__oordelen/sanctiebesluiten; o.a. boetebesluiten inzake sms-diensten en ringtones van 26 januari 2009, 5 december 2008 en 7 augustus 2008.

28 Rb. Rotterdam 9 augustus 2001, *LJN* AB6588.

29 Zie *Mediaforum* 2009-11/12, nr. 34 m.nt. G.J. Zwenne.

tot de levering van bepaalde diensten tegen betaling van een bepaald bedrag en de aanvaarding daarvan door de abonnee. Door OPTA kan derhalve niet (meer) worden opgetreden uit hoofde van overtreding van artikel 11.7 Tw.

OPTA heeft inmiddels echter de bezwaren ongegrond verklaard en de opgelegde last onder dwangsom gehandhaafd. Afgewacht zal moeten worden of het besluit in de bodemprocedure stand zal houden en alsnog zal worden geoordeeld dat sprake is van ongevraagde sms'jes.

Het standpunt van OPTA wordt inmiddels gedeeltelijk ondersteund door de per 1 maart 2010 in werking getreden herziene Gedragscode, waarin in artikel 12.4 thans de verplichting is opgenomen dat in iedere contentaflevering[30] op de mobiele telefoon van een Eindgebruiker melding wordt gemaakt van de volgende tekst: 'info? www.smsgc.nl'.[31]

Hoewel de rol van OPTA om tegen ongewenste sms'jes en tegen misstanden in verband met de zogeheten sms-'*premium service*' op te treden vooralsnog niet is uitgespeeld, heeft deze wel een forse deuk opgelopen. Het zal moeten blijken of die schade in rechte zal worden hersteld.

Aanvullende maatregelen ter handhaving SMS-Gedragscode

De afgelopen tijd stond sms-'*premium service*' opnieuw volop in de aandacht van overheid en consumentenorganisaties vanwege de aanhoudende stroom klachten. Om een einde te maken aan de vele klachten over advertenties voor sms-diensten en de hoge telefoonrekeningen als gevolg van ontvangen sms-berichten, heeft de staatssecretaris aangekondigd met wetgeving te komen teneinde misleidende sms-diensten effectief aan te pakken. Over deze maatregelen heeft Staatssecretaris Heemskerk de Tweede Kamer begin dit jaar geïnformeerd.[32]

Deze maatregelen houden verband met de evaluatie van de SMS-Gedragscode, die ook in 2008 op aandringen van de overheid al eens is aangescherpt. Desondanks komt het nog veelvuldig voor dat consumenten ongewild of onbedoeld sms-abonnementen aangaan en daarmee financieel worden gedupeerd.

Bij de aanpak staat zelfregulering door de sector voorop. De staatssecretaris constateert een drietal aandachtspunten als kern van de problematiek, namelijk onduidelijke reclameuitingen, de wijze waarop consumenten een sms-dienst aangaan en tenslotte de wijze van afrekening.

Met ingang van 1 maart 2010 is de Gedragscode op deze punten aangescherpt en inmiddels aanzienlijk minder vrijblijvend. Zo gelden er strengere eisen voor de reclame. Het aanbieden, leveren en afrekenen van sms-diensten die een ander karakter hebben dan in de reclame is gesuggereerd, is niet langer toegestaan. Voorts krijgen consumenten ondubbelzinnige informatie over het aangaan van een abonnement en welke kosten daaraan zijn verbonden. Na aanmelding wordt een sms verstuurd waarin die informatie is vermeld. Afmelding kan voortaan door 'stop' te sms'en. Overtreders zullen voor overtreding een aanzienlijk zwaardere boete kunnen krijgen. Tenslotte komt er op grond van de Gedragscode een instantie die op eigen initiatief op zoek gaat naar overtredingen, zonder dat klachten van consumenten hoeven te worden afgewacht. Deze instantie kan de overtreder dwingen de dienstverlening aan te passen, de sms-dienst op te schorten of af te sluiten dan wel de promotie van de desbetreffende dienst te stoppen.

Daarnaast zullen aanvullende overheidsvoorschriften gaan gelden.[33] Er zullen strikte voorwaarden worden verbonden aan de door de telecombedrijven te verrichten incassodiensten voor de sms-contentaanbieders en voorwaarden aan het beëindigen door telecombedrijven van hun dienstverlening bij geschillen over de betaling van de sms-diensten. Wanneer de kosten worden betwist, wordt de betalingsverplichting per direct opgeschort. Bij overtreding van de voorschriften van de Gedragscode kan de shortcode (tijdelijk) worden geblokkeerd – ondanks dat via die code (soms) meerdere diensten worden aangeboden – totdat is aangetoond dat er geen sprake meer is van een overtreding. Als ultimum remedium voor partijen die zich niet houden aan de Gedragscode, zal gaan gelden dat zij op een 'zwarte lijst' worden geplaatst en niet langer gerechtigd zijn tot incasseren van de kosten voor de sms-dienstverlening. Daarvoor zal een wettelijke regeling worden voorgesteld.[34] Daarmee zal de Commissie Handhaving, die de zwarte lijst gaat 'beheren', wellicht een publiekrechtelijke taak gaan verrichten en in dat kader besluiten nemen over het op de lijst plaatsen en verwijderen van dienstverleners, besluiten nemen waartegen bezwaar en beroep bij de bestuursrechter openstaat.

Thans zal moeten blijken of deze maatregelen voldoende effectief blijken. In ieder geval wordt hiermee voorkomen dat consumenten worden afgesloten omdat sprake zou zijn van wanbetaling. Bovendien leidt het (tijdelijk) blokkeren van de shortcode ertoe dat de kosten als gevolg van ongewenste sms-berichten niet blijven oplopen en andere consumenten de dupe worden van dezelfde dienst. Hiermee wordt naar onze mening een aanzienlijk betere bescherming van de consument bereikt. Het risico van overtreding van de gedragsregels komt primair bij de aanbieders te liggen. Vervolgens kan worden vastgesteld of er sprake is van een overtreding en of de klacht van de consument terecht was. Deze wijze van zelfregulering zal waarschijnlijk effectiever zijn dan de voorzieningen die tot op heden functioneren en voor de consument onvoldoende laagdrempelig zijn.

Niettemin zal ook de voorlichting voor de consument en meer in het bijzonder voor de jeugd, voor wie sms-diensten erg laagdrempelig zijn, moeten worden verbeterd om ook op die manier te voorkomen dat consumenten (te) snel een sms-abonnement aangaan.

Slotbeschouwing

In het voorgaande zijn wij ingegaan op de regulering van sms-diensten en de verschillende instanties die (kunnen)

30 Behoudens aanmeld- en afmeldbericht.

31 Op deze website wordt vermeld hoe een Eindgebruiker zich kan afmelden van een Abonnementsdienst.

32 Zie voetnoot 7.

33 Zie brief aan de Tweede Kamer van 22 januari 2010, TK 2009/10, 31 412, nr. 21, p. 2.

34 Vlak voor het vallen van het kabinet op 19 februari 2010 heeft de ministerraad met dit voorstel nog ingestemd.

optreden tegen mogelijke sms-misstanden. Het moge duidelijk zijn: aan regels en toezichthouders is geen gebrek. Desondanks doen zich toch nog regelmatig misstanden voor doordat consumenten onbewust een sms-abonnement zijn aangegaan. Het bestaande stelsel van regelgeving en toezicht/handhaving lijkt daarmee nog onvoldoende effectief om de (individuele) consument te beschermen.

Toezicht en handhaving door publiekrechtelijke toezichthouders lijkt onvoldoende bescherming te kunnen bieden aan de individuele consument die zich onbewust heeft geabonneerd op een sms-dienst. Hun bevoegdheden strekken met name ter bescherming van collectieve consumentenbelangen en zijn er vooral op gericht om herhaling te voorkomen. De consument lijkt daarom meer baat te hebben bij strikte handhaving van de Gedragscode en de daarin opgenomen voorschriften over de promotie van sms-diensten, informatievoorziening en de wijze van aan- en afmelding. De SMS-Gedragscode is per 1 maart 2010 op die punten verder aangescherpt.

Belangrijk voor de consument is dat hij ondubbelzinnig wordt geïnformeerd over het aangaan van een abonnement en over de kosten daarvan. Voorts kan de consument op eenvoudige wijze een abonnement weer beëindigen door 'stop' te sms'en. In aanvulling op deze verbeteringen wordt wettelijk geregeld dat bij geschillen over de kosten, de betaling direct wordt opgeschort, zodat wordt voorkomen dat consumenten worden afgesloten wegens wanbetaling. De dreiging van het (tijdelijk) blokkeren van de shortcode en het plaatsen van partijen op een zogeheten 'zwarte lijst', waardoor zij niet langer gerechtigd zijn tot incasseren van de kosten voor de smsdienstverlening, moet de aanbieders overigens in het gareel houden.

Daarmee wordt doorslaggevend gewicht toegekend aan de Gedragscode en daarmee aan de zelfregulering door de sector. Door aanscherping van de Gedragscode en een minder vrijblijvende naleving daarvan door de dreiging van een onafhankelijke controleur, die los van eventuele klachten, kan optreden tegen overtreding van de Gedragscode door de sms-dienst op te schorten of af te sluiten, mag een aanzienlijke verbetering bij de handhaving van de normen ten aanzien van onduidelijke reclame-uitingen en de wijze waarop consumenten smsdiensten aangaan, worden verwacht.

Voorts heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken in verband met de bescherming van de consument aangekondigd dat de Consumentenautoriteit de komende periode binnen de haar ten dienste staande mogelijkheden stevig handhavend zal optreden tegen overtreders van de vigerende wet- en regelgeving. Dat betekent dat zij toezicht zal blijven houden op de naleving van de bepalingen uit het BW over consumentenbescherming. Een en ander betekent dat consumenten beter worden beschermd tegen sms-diensten maar niet dat consumenten daarmee ook individueel schadeloos worden gesteld. De consument kan zich vanaf nu in ieder geval direct afmelden. De combinatie van maatregelen valt onzes inziens toe te juichen.

Daarnaast blijft actieve voorlichting ter preventie geboden, in het bijzonder voor de jeugd, ook al zal nu beter moeten worden aangekondigd dat het gaat om een abonnementsdienst.

Met de aanvullende maatregelen door de overheid en een aanscherping van de Gedragscode is een stap gezet in de goede richting. De Minister van Economische Zaken is echter nog niet tevreden over de aanscherping van de Gedragscode.[35] Consumenten krijgen essentiële informatie vaak niet ondubbelzinnig en duidelijk toegezonden voordat de consument een overeenkomst aangaat. Verder worden veel sms-diensten aangeboden die een ander karakter hebben dan in de reclameuiting is gesuggereerd. De minister wil dan ook dat de reclamecode, die onderdeel is van de Gedragscode om die reden zo snel mogelijk verder wordt aangepast.

Met Wilfred Steenbruggen constateren wij dat het speelveld voor sms-diensten nogal vol is met scheidsrechters. Hierin is de afgelopen tijd geen verbetering gebracht. In zoverre lijkt de oproep vorig jaar in *Mediaforum* door Wilfred Steenbruggen om (meer) aandacht voor de diverse scheidsrechters op en rond het veld van de sms-dienstverlening nog geen gehoor te hebben gevonden. Wel zijn de toezichthouders beter geëquipeerd om individuele consumenten te helpen bij het tegengaan van misstanden door het onbewust aangaan van abonnementen op sms-diensten. In het kader van zelfregulering door de sector is de Gedragscode aangescherpt, ondersteund met wetgeving waarin voorwaarden worden gesteld aan het innen van betalingen voor sms-diensten en het afsluiten van de mobiele telefoon, en het instellen van een 'zwarte lijst' voor bedrijven die hardleers zijn en sms-abonnementen blijven aanbieden in strijd met de daarvoor geldende regels. Hiermee moet een einde komen aan de vele klachten over onduidelijke aanbiedingen van sms-diensten en onverwacht hoge rekeningen. De praktijk zal nu moeten uitwijzen of al deze verbeteringen voldoende blijken te zijn om de consument te behoeden voor het onbewust aangaan van dergelijke abonnementen en tegen hoog oplopende kosten als gevolg van het ontvangen van 'ongevraagde' sms'jes.

35 Brief aan de Tweede Kamer van 22 januari 2010, TK 2009/10, 31 412, nr. 21, p. 3.