

**Ethische Commissie
voor de telecommunicatie**

Ellipse Building – Gebouw C
Koning Albert II-laan 35
1030 BRUSSEL

Beslissing nr. D-2012-09

Inzake

M.E.C.E. NV

1. Voorwerp

In deze beslissing doet de Ethische Commissie voor de telecommunicatie (hierna ook: "de Ethische Commissie") uitspraak over een dossier geopend ten laste van M.E.C.E. NV in het kader van een procedure opgestart op eigen initiatief van de Ethische Commissie.

2. Context en procedure

Het dossier D-2012-09 werd opgestart door middel van de vaststelling van mogelijke inbreuken op het koninklijk besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie van 30 mei 2012 (hierna ook: "de vaststelling"), toegezonden aan de vermoedelijke overtreder M.E.C.E. NV (hierna kortweg: "M.E.C.E."), per aangetekende brief met ontvangstmelding van 3 juli 2012.

In de brief van het secretariaat van 3 juli 2012 werd M.E.C.E. ook verzocht volgende informatie te verstrekken:

- a) Het aantal SMS'en dat er werd verstuurd van en naar het SMS korte nummer 7707 gedurende de periode 1 juli 2011 - 1 juni 2012, en dit opgesplitst per maand.
- b) De inkomsten die M.E.C.E. gedurende die periode uit het in punt a. vermelde verkeer haalde, eveneens opgesplitst per maand.

De vermoedelijke overtreder M.E.C.E. diende een schriftelijk verweer ten aanzien van de vaststelling in bij brief van 20 juli 2012, ontvangen door het secretariaat op 25 juli 2012 (hierna ook: "het oorspronkelijke schriftelijk verweer" genoemd).

In de bijlagen 1 en 2 bij het schrijven van 20 juli 2012 gaf M.E.C.E. een antwoord op het verzoek om informatie van het secretariaat.

In het schrijven van 20 juli 2012 verklaarde M.E.C.E. een aantal zaken binnen korte termijn aan te zullen passen, zonder evenwel stukken in verband met die aanpassingen voor te leggen.

De Secretaris nam dan ook het initiatief om M.E.C.E. per brief van 01 augustus 2012 uit te nodigen om op de hoorzitting betreffende een ander dossier waarin M.E.C.E. betrokken was (Dossier D-2012-08) de bewijselementen in verband met de aanpassingen die ze in het vooruitzicht stelde in dossier D-2012-09 voor te leggen en toe te lichten of, indien een aanpassing nog niet effectief is doorgevoerd, uit te leggen en te documenteren waarom dit nog niet gebeurd was.

Op de zitting van de Ethische Commissie van 29 augustus 2012 overhandigde M.E.C.E. een envelop in 2 exemplaren met daarin 6 bewijsstukken en een toelichting ervan op datum van 28 augustus 2012. Deze toelichting wordt hierna het "aangevulde schriftelijk verweer" genoemd. M.E.C.E. lichtte de aanpassingen die zij doorvoerde toe op de zitting van 29 augustus 2012.

Per aangetekend aanschrijven werd op 29 oktober 2012 het verslag van het secretariaat aan M.E.C.E. toegezonden.

Op zitting van 14/12/2012 werden na verslag van de zaak de wettelijke vertegenwoordigers van M.E.C.E. NV, de heer Gilbert Gooijers, Managing Director van CM Group, BV naar Nederlands recht, mevrouw Nicole van Spreeuwel, Legal Counsel, CM Group en de heer Olivier Fontaine, Manager MobileWeb NV (naar Belgisch recht), gehoord in hun verweermiddelen. De Nederlandse taal werd gebruikt.

De heer Gooijers en later mevrouw van Spreeuwel verduidelijken dat CM Group ("CM") de vennootschappen M.E.C.E. NV en MobileWeb NV heeft overgenomen. Dit verklaart waarom CM (en Mobileweb voor sommige technische detailsaspecten) de wettelijke vertegenwoordigers zijn van M.E.C.E. NV.

Tenslotte overhandigt M.E.C.E. op de zitting aan de Ethische Commissie 2 exemplaren van een repliekschrift, hierna: het repliekschrift, op het verslag van het secretariaat, met daaraan gehecht 11 bijkomende bewijsstukken.

3. Ten laste gelegde inbreuken

Aan M.E.C.E. werd ten laste gelegd dat de artikelen 90, 91, 92, 3° en 97 § 1, de artikelen 20, vierde lid, 27 §1, 2° en 4°, en 88, artikel 14 en artikel 17 van het Koninklijk Besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie werden overtreden.

4. Beoordeling van de in de vaststelling verweten feiten en inbreuken

4.1. Inbreuk op de artikelen 90, 91, 92,3° en 97 §1 van de Ethische Code (artikelen van de Ethische Code betreffende het aanbieden van chatdiensten)

4.1.1. In de vaststelling verweten feiten en inbreuken

De NV M.E.C.E. baat de dienst "sms KATIA au 7707" uit, een gemodereerde SMS-chatdienst bestemd voor meerderjarigen. Deze dienst maakte het voorwerp uit van een controle door de dienst Controle van het BIPT.

Op datum van 13 februari 2012 maakte deze dienst een controlerapport op. Op basis van de uitwisseling van SMS'en, zoals opgenomen in het controlerapport, stelde de Ethische Commissie in zijn vaststelling vast dat:

- na de registratie voor de chatdienst de chatdienst onmiddellijk van start ging;
- alle SMS'en, zowel de SMS'en verstuurd door de controlerende ambtenaar als de SMS'en ontvangen door deze laatste, aangerekend werden aan 1 €.

Omdat de Ethische Commissie in het controlerapport geen spoor aantrof van de naleving van de verplichtingen opgelegd door de artikelen 90, 91, 92,° 3 en 97, §1, van de Ethische Code kwam de Ethische Commissie op het eerste zicht tot het volgende besluit:

"Door aldus, in het kader van de aangeboden chatdienst, (i) geen "welkomstboodschap" verzonden te hebben na de registratie en voor de start van de eigenlijke chatdienst, met daarin de melding dat de discussie binnen de dienst gemodereerd worden, (ii) de berichten uitgaande van de dienst (en ontvangen door de controleambtenaar van het BIPT) te factureren en door (iii) niet de nodige maatregelen genomen te hebben om ervoor te zorgen dat het eindgebruikerstarief van toepassing op het bericht waarmee uitgeschreven werd niet meer bedroeg dan het normale eindgebruikerstarief voor een bericht naar een standaard mobiel nummer, heeft M.E.C.E. NV op het eerste zicht dan ook de artikelen 90, 91, 92,3°, en 97,§1, van de Ethische Code overtreden."

4.1.2. Standpunt M.E.C.E.

1. In het oorspronkelijke schriftelijke verweer van 20 juli 2012 verwijst M.E.C.E naar een eerder standpunt in dossier D-2012-08 en herhaalt zij dat de huidige bestuurders van M.E.C.E. de vennootschap op 17 januari 2012 hebben overgenomen en erop vertrouwden dat alle lopende diensten conform de huidige wet- en regelgeving werden aangeboden.

M.E.C.E. haalt aan dat het vorige management van M.E.C.E. er oprecht van overtuigd was dat de vereisten van de Ethische Code voor een adult dienst voorrang hadden op de vereisten voor een chat service.

M.E.C.E. vraagt begrip voor de situatie en meldt dat ze de dienst op het nummer 7707 zo snel mogelijk volledig zal aanpassen. M.E.C.E. voegt eraan toe dat "zo snel mogelijk" wil zeggen: op het eerste mogelijke moment waarop de telecom operator het verzoek tot aanpassing van het MT tarief kan verwerken.

2. In het aangevulde schriftelijk verweer van 28 augustus 2012 stelt M.E.C.E. op basis van het stuk bijlage 1, genoemd "berichtenflow" dat een eindgebruiker na het versturen van een SMS met de tekst 'KATIA' het volgende SMS bericht ontvangt:

*"Bienvenue sur 7272 Katia. Tarif: 2 euro par sms envoyé, 0 euro par sms reçu.
Désinscription : envoyez STOP. Infos : 02 247 37 17.(Service modéré).*

M.E.C.E. stelt dat dat bericht gratis is.

M.E.C.E. verklaart verder dat een aanpassing werd doorgevoerd zodat enkel de communicatie uitgaande van de eindgebruiker die gebruik maakt van de dienst 'KATIA' wordt aangerekend. M.E.C.E. legt uit dat om dit te realiseren de dienst 'KATIA' verplaatst is van het SMS kort nummer 7707 naar het SMS kort nummer 7272.

Betreffende de tarifiering van het STOP bericht legt M.E.C.E in haar aangevulde schriftelijk verweer 3 stukken voor, uitgaande van respectievelijk de mobiele operator BASE, Mobistar en Proximus, en waaruit volgens M.E.C.E. blijkt dat het niet standaard mogelijk is om een verschillend tarief te hanteren op een SMS kort nummer en dat om toch te voldoen aan artikel 97, §1, van de Ethische Code de drie mobiele operatoren een verschillende oplossing hebben ingevoerd.

In haar repliekschrift op het verslag van het secretariaat beweert M.E.C.E. tenslotte dat zij de artikelen 90, 91, 92, 3° en 97 §1 van de Ethische Code niet meer overtreedt.

4.1.3. Beoordeling Ethische Commissie

M.E.C.E. erkent de inbreuk begaan te hebben. In het repliekschrift en de daarbij horende bewijsstukken toont M.E.C.E. ook daadwerkelijk aan dat zij de artikelen 90, 91, 92, 3° en 97, § 1 van de Ethische Code niet meer overtreedt.

Echter, zoals op verschillende plaatsen aangegeven in de beslissing n° D-2011-09 betreffende Music Hall¹ (onderdelen 5.1.2, 5.1.3 en 5.1.4) geldt dat de intentie van M.E.C.E. om in de toekomst de Ethische Code te respecteren of het doorvoeren van effectieve herstelmaatregelen geen invloed heeft op het

¹ Zie www.telethicom.be – officiële publicaties - beslissingen

bestaan van de inbreuk (in het verleden) en de mogelijkheid voor de Ethische Commissie om een dergelijke inbreuk te sanctioneren, onder meer om aan de overtreder (en andere potentiële overtreders) een prikkel te geven om in de toekomst de Ethische Code te respecteren en/of niet te recidiveren.

De Ethische Commissie acht de in de vaststelling aangehaalde feiten en verweten inbreuken op de Ethische Code dan ook definitief als bewezen en dit voor de periode van gaande van januari 2012 (start van de betrokken dienst 'KATIA' volgens het antwoord van M.E.C.E. van 20 juli 2012 op het verzoek om informatie) tot en met 27 augustus 2012 (de datum vermeld op bijlage 1 bij het aangevulde schriftelijke verweer van M.E.C.E. van 28 augustus 2012).

4.2 Inbreuk op de artikelen 20, vierde lid, 27, §1, 2° en 4°, en 88 van de Ethische Code (artikelen betreffende de inhoud van de reclame en de tariefvermelding)

4.2.1 In de vaststelling verweten feiten en inbreuken

In het controlerapport van 13 februari 2012 is de reclame opgenomen die op 1 februari 2012 gepubliceerd werd in de VLAN. Sterk uitgegroot presenteert die reclame zich als volgt:



Omdat op deze reclame het geografisch adres van M.E.C.E. ontbrak en er evenmin (op een duidelijke wijze) vermeld werd op welke wijze men de volledige algemene voorwaarden van toepassing op de betrokken dienst kon raadplegen of verkrijgen, was de Ethische Commissie in zijn vaststelling vooreerst van oordeel dat M.E.C.E. op het eerste zicht een inbreuk pleegde op artikel 27, §1, 2° en 4° van de Ethische Code.

Aangezien de vermelding van "1 € par sms" op de betrokken reclame niet duidelijk maakte of het eindgebruikerstarief van 1 € werd aangerekend bij het verzenden van een bericht door de eindgebruiker, bij het ontvangen van een bericht of bij beide, was de Ethische Commissie in de vaststelling tevens van oordeel dat M.E.C.E. op het eerste zicht een inbreuk pleegde op artikel 20, vierde lid, van de Ethische Code.

Door i) niet de essentiële regels van aanvaardbaar gebruik van de dienst op te nemen in de reclame, ii) de mogelijkheid om op verzoek de volledige regels van aanvaardbaar gebruik ter beschikking gesteld te krijgen niet te vermelden in de reclame, noch de manier waarop die terbeschikkingstelling kan

aangevraagd worden of plaatsvindt en door iii) niet in de reclame te vermelden op welke wijze de chat gemodereerd wordt was de Ethische Commissie in het betrokken onderdeel van zijn vaststelling tot slot van mening dat M.E.C.E. op het eerste zich een inbreuk pleegde op alle onderdelen van artikel 88 van de Ethische Code, met uitzondering van het deel van onderdeel 3° (dat het vermelden van het modereren van discussies binnen een chatdienst in de reclame voorschrijft).

4.2.2 Standpunt van M.E.C.E.

M.E.C.E. erkende in haar oorspronkelijk verweer dat zij haar geografisch adres niet vermeld heeft in de reclame en stelde dit zo snel mogelijk te zullen aanpassen.

Met betrekking tot het raadplegen of verkrijgen van de algemene voorwaarden wijst M.E.C.E. erop dat er in de advertentie "info & conditions: 02 247 37 21" staat.

Volgens M.E.C.E. schrijft artikel 27, §1, 4° van de Ethische Code niet voor op welke wijze de mogelijkheid tot raadplegen of verkrijgen van deze voorwaarden moet worden gecommuniceerd. M.E.C.E. heeft er dan ook voor gekozen om een telefoonnummer te communiceren waarnaar eindgebruikers kunnen bellen om informatie over de dienst te krijgen en de algemene voorwaarden op te vragen.

De eindgebruiker kan tevens per sms of per e-mail de van toepassing zijnde algemene voorwaarden opvragen. M.E.C.E. merkt in haar oorspronkelijke schriftelijk verweer op dat dit kosteloos voor de eindgebruiker is en dat de terbeschikkingstelling gebeurt op schrift of per e-mail (duurzame drager).

M.E.C.E. stelde in haar schrijven van 20 juli 2012 tot slot dat het eveneens de advertentie zal laten aanpassen en daarin een websiteadres zal communiceren waarop de eindgebruiker de algemene voorwaarden kan raadplegen.

In haar aangevulde schriftelijke verweer stelde M.E.C.E. dat de reclame voor 'KATIA' nu de naam van M.E.C.E., haar geografisch adres en het telefoonnummer van de klantendienst bevat. M.E.C.E. stelt verder dat er in de betrokken reclame wordt aangegeven dat de algemene voorwaarden per telefoon op te vragen zijn bij M.E.C.E. Wat de tariefvermelding betreft, stelt M.E.C.E. dat zowel het welkomstbericht als de reclame voortaan vermelden dat er € 2 aangerekend wordt voor het SMS MO bericht en € 0 voor het SMS MT bericht.

In haar repliekschrift en de daaraan gehechte bijkomende bewijsstukken beweert M.E.C.E. dat de gestelde noodzakelijke aanpassingen doorgevoerd zullen worden: i) toevoegen aan de advertentie op welke wijze de moderatie plaatsvindt ("*Moderatie vindt plaats door World Clariss*" – bijlage 11), ii) toevoegen aan de advertentie dat het om algemene voorwaarden gaat ("*Infos & consitions générales*") en iii) toevoegen aan de advertentie dat er regels omtrent aanvaardbaar gebruik zijn ("*règles d'utilisation acceptables*"). M.E.C.E. stelt tenslotte dat in de advertentie de essentiële regels omtrent aanvaardbaar gebruik zijn opgenomen, met name dat de leeftijdsgrens 18 jaar bedraagt en dat de chat gemodereerd is.

4.2.3. Beoordeling Ethische Commissie

In bijlage 2 bij haar aangevulde schriftelijk verweer vermeldt M.E.C.E. dat de chatdienst die zij aanbiedt gemodereerd is, wat correct is. Er is evenwel niet vermeld "op welke wijze" de moderatie gebeurt. M.E.C.E. voldoet dan ook nog steeds niet aan artikel 88, 3° van de Ethische Code.

De Ethische Commissie is bovendien van mening dat de vermelding niet "*leesbaar en goed zichtbaar*" is, vermits de bijlage een sterk vergrote weergave is van het basisdocument dat kan gebruikt worden om een advertentie te plaatsen in dag- of weekblad of op een internetpagina.

De essentiële regels van aanvaardbaar gebruik blijven ook in bijlage 2 van het aangevulde schriftelijk verweer niet vermeld op de reclame (terwijl die, zoals vermeld in de vaststelling wel bestaan: zie artikel 3 van de algemene voorwaarden van M.E.C.E.). M.E.C.E. voldoet dan ook nog steeds niet aan artikel 88, 1° van de Ethische Code.

Betreffende de mogelijke niet-naleving van artikel 27, §1, 4° en 88, 2° is de Ethische Commissie van oordeel dat M.E.C.E hier niet aan voldaan heeft door in de reclame de vermelding "*info & conditions*" op te nemen. Een verwijzing naar "*conditions*" is volgens de Ethische Commissie immers niet voldoende duidelijk om erop te wijzen dat de dienst onderworpen is aan de algemene voorwaarden "*conditions générales*" en regels van aanvaardbaar gebruik (volgens artikel 86 van de Ethische Code "*règles d'utilisation acceptables*"). Tenslotte is de Ethische Commissie van mening dat aan de hand van een dergelijke vermelding geen tegenstelbaarheid van de betrokken algemene voorwaarden en regels van aanvaardbaar gebruik kan worden bewerkstelligd.

De Ethische Commissie is niettemin van mening dat M.E.C.E. de overtreding van de andere in de vaststelling aangehaalde feiten en inbreuken inzake de inhoud van de reclame voor en de tariefvermelding betreffende de dienst 'KATIA' heeft stopgezet. M.E.C.E. leverde daartoe het bewijs in haar repliekschrift, en de daaraan gehechte bijkomende bewijsstukken (bijlage 3).

Opnieuw geldt dat dit gegeven niet belet dat de inbreuk (in het verleden) heeft plaatsgevonden en dat de Ethische Commissie deze inbreuk kan sanctioneren.

De Ethische Commissie acht de in de vaststelling aangehaalde feiten en verweten inbreuken op artikel 20, vierde lid en artikel 27, §1, 2° Ethische Code dan ook definitief als bewezen en dit voor de periode van gaande van januari 2012 (start van de betrokken dienst 'KATIA' volgens het antwoord van M.E.C.E. van 20 juli 2012 op het verzoek om informatie) tot en met 28 augustus 2012.

4.3 Inbreuk op artikel 14 van de Ethische Code (tegenstelbaarheid en consulteerbaarheid van de algemene voorwaarden)

4.3.1 In de vaststelling verweten feiten en inbreuken

In het antwoord op de vraag naar identificatie van de aanbieder van het SMS-korte nummer 7707 van 6 maart 2012 (stuk 2 dossier secretariaat) werden naast de identificatiegegevens van de dienstenaanbieder (stuk 3 dossier secretariaat) ook diens algemene voorwaarden (stuk 4 dossier secretariaat) toegezonden.

Volgens het antwoord van KPN Group Belgium op het verzoek om informatie van het secretariaat (stuk 3 dossier secretariaat) was er geen website waarop deze algemene voorwaarden geconsulteerd kunnen worden.

Omdat er in de stukken van het dossier verder elk element ontbrak waarmee deze algemene voorwaarden tegenstelbaar gemaakt werden aan de eindgebruiker, noch enig middel (website of andere) waarmee de kosteloze en permanente consulteerbaarheid van de algemene voorwaarden gerealiseerd

werd, was de Ethische Commissie in zijn vaststelling van mening dat M.E.C.E. op het eerste zicht een inbreuk pleegde op artikel 14, eerste en tweede lid van de Ethische Code.

4.3.2 Standpunt van M.E.C.E.

M.E.C.E. verweert zich in haar oorspronkelijke schriftelijke verweer van 20 juli 2012 door aan te kondigen dat het in een aangepaste advertentie een websiteadres zal communiceren waarop de eindgebruiker de algemene voorwaarden kan raadplegen.

M.E.C.E. wijst er ook op dat de eindgebruiker het in de reclame vermelde contactnummer kan bellen om de algemene voorwaarden op te vragen. M.E.C.E. bevestigt dat de eindgebruiker tevens per sms of per e-mail de van toepassing zijnde algemene voorwaarden kan opvragen.

4.3.3 Beoordeling Ethische Commissie

In tegenstelling tot wat werd aangekondigd in het oorspronkelijke schriftelijke verweer werd door M.E.C.E. geen website-adres toegevoegd aan de advertentie (bijlage 2 bij het aangevulde schriftelijke verweer van 28 augustus 2012). Ook het nieuwe welkomstbericht in de "*berichtenflow*" (bijlage 1) bevat geen website-adres.

In die omstandigheden blijft M.E.C.E. volgende de Ethische Commissie niet tegemoetkomen aan de vereisten van artikel 14 van de Ethische Code om i) de algemene voorwaarden permanent consulteerbaar te maken en ze ii) tegenstelbaar te maken aan de eindgebruiker.

Immers:

- De opvraging van de algemene voorwaarden per SMS, telefoon of e-mail en toezending nadien door M.E.C.E. vereist actieve stappen van de eindgebruiker, laat hem, minstens tijdelijk, in het ongewisse over de algemene voorwaarden van M.E.C.E. en komt daardoor niet tegemoet aan de consulteerbaarheid "op permanente wijze". Het plaatsen van de algemene voorwaarden op een website (of, ingeval van betaalnummers gepromoot via televisiespots, een teletekstpagina) zou daarentegen wel aan die voorwaarden kunnen voldoen.
- De algemene voorwaarden tegenstelbaar maken aan de eindgebruiker veronderstelt dat de eindgebruiker vóór de contractsluiting effectief kennis heeft kunnen nemen van de algemene voorwaarden én ze aanvaard heeft. Een loutere mogelijkheid tot kennisname van de algemene voorwaarden volstaat niet².
-

De Ethische Commissie oordeelt dan ook dat M.E.C.E. de tegenstelbaarheid niet heeft kunnen realiseren met de methodes die zij naar voren schuift in haar schriftelijk verweer en besluit tenslotte om de in de

² Cass., 17 oktober 1975, *Pas.*, 1976,1, 224.

Zie ook advies van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen n° 24 van 25 juni 2008, p. 16: "*Het weze dus herhaald dat het louter publiceren van de algemene voorwaarden op de website niet volstaat voor de kennisgeving van de algemene voorwaarden met het oog op de aanvaarding ervan, met kennis van zaken, door de consument*⁴¹. Evenmin volstaat in dat opzicht de mededeling of de contractsbepaling die luidt dat "*het reglement ten allen tijde in de winkels kunnen worden geraadpleegd en er mits betaling een afschrift van kan worden bekomen, niet voldoet aan de wettelijke precontractuele informatieverplichting.*"

vaststelling aangehaalde feiten en inbreuken definitief te weerhouden en acht deze definitief als bewezen.

4.4 Inbreuk op artikel 17 van de Ethische Code

4.4.1 In de vaststelling verweten feiten en inbreuken

Doordat er in artikel 8.2 van de algemene voorwaarden van M.E.C.E. in verband met het indienen van klachten (of in enig ander artikel van de algemene voorwaarden) niet verwezen werd naar de mogelijkheid tot het indienen van een klacht bij de Ethische Commissie voor de Telecommunicatie, was de Ethische Commissie tot slot van oordeel dat M.E.C.E. op het eerste zicht een inbreuk beging op artikel 17 van de Ethische Code.

4.4.2 Standpunt van M.E.C.E

M.E.C.E. verweerde zich in haar brief van 20 juli 2012 niet ten aanzien van deze prima facie vaststelling van een inbreuk op de Ethische Code.

In haar aangevulde schriftelijk verweer van 28 augustus 2012 citeerde M.E.C.E. het gewijzigde artikel van haar algemene voorwaarden (artikel 8.2), waarin thans de mogelijkheid tot het indienen van een klacht bij de Ethische Commissie voor de telecommunicatie is ingeschreven.

4.4.3 Beoordeling Ethische Commissie

De Ethische Commissie oordeelt dat de nieuwe versie van artikel 8.2 van de algemene voorwaarden, meegedeeld per brief van M.E.C.E. van 28 augustus 2012 (bijlage 3), correct werd aangevuld en op die manier voldoet aan de wettelijke vereisten.

Echter, aan de hand van de in het dossier voorliggende stukken kan er niet bepaald worden wanneer de nieuwe versie van de algemene voorwaarden van M.E.C.E. van kracht geworden is.

Bij gebreke aan andersluidende stukken dient dan ook aangenomen te worden dat M.E.C.E. de overtreding van artikel 17 van de Ethische Code heeft stopgezet op 28 augustus 2012, datum van de mededeling van de nieuwe algemene voorwaarden aan de Ethische Commissie.

Opnieuw geldt dat dit gegeven niet belet dat de inbreuk (in het verleden) heeft plaatsgevonden en dat de Ethische Commissie deze inbreuk kan sanctioneren.

De Ethische Commissie weerhoudt dan ook definitief de in de vaststelling aangehaalde feiten en inbreuk en dit voor de periode gaande van januari 2012 (start van de betrokken dienst 'KATIA' volgens het antwoord van M.E.C.E. op het verzoek om informatie) tot en met 28 augustus 2012.

5. Beoordeling van de ernst van de inbreuken en het al dan niet opzettelijk karakter ervan

5.1 Algemeen

Artikel 134, §3, derde lid, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie schrijft voor dat de Ethische Commissie bij het uitspreken van de sancties rekening houdt met de ernst van de inbreuk alsook met het al dan niet opzettelijke karakter ervan.

5.2 Standpunt van M.E.C.E.

In haar oorspronkelijke schriftelijke verweer verzoekt M.E.C.E. de Ethische Commissie haar geen boete op te leggen wegens de niet opzettelijke aard van de mogelijke inbreuken.

M.E.C.E. zegt zo goed en eerlijk mogelijk gehandeld te hebben en - tot op het ogenblik van kennisname van de vaststelling - niet bekend te zijn met de mogelijke inbreuken op de Ethische Code (onder meer omdat er interne verwarring zou zijn omtrent het aanbieden van een adult service die tevens een chat service vormt).

M.E.C.E. stelt bereid te zijn om op eerste verzoek de dienst aan te passen en in overeenstemming te brengen met de wensen en eisen van de Ethische Commissie.

M.E.C.E. kondigde aan deze aanpassingen zo snel mogelijk door te voeren en de Ethische Commissie te informeren wanneer dit heeft plaatsgevonden.

In haar aangevulde schriftelijke verweer herhaalt M.E.C.E. in essentie deze elementen. M.E.C.E. zegt bereid te blijven verdere aanpassingen door te voeren, mochten de bij de brief van 28 augustus 2012 voorgelegde aanpassingen niet voldoende zijn.

In haar repliekschrift benadrukt M.E.C.E. nogmaals dat de gestelde inbreuken niet ernstig en niet opzettelijk zijn. Zij haalt daartoe volgende argumenten aan:

- M.E.C.E. beweert dat de advertentie behorende bij de dienst 'KATIA' duidelijk en ondubbelzinnig aangaf dat de kosten € 1 per sms bedroegen (€ 1 per verstuurd SMS en € 1 per ontvangen SMS). M.E.C.E. beweert dat het tarief zo duidelijk en ondubbelzinnig aan de eindgebruiker kenbaar werd gemaakt en de eindgebruiker dus niet misleid werd.
- M.E.C.E. stelt dat de dienst 'KATIA' slechts voor 0,015 procent bijdraagt aan de totale overname van MobileWeb NV door ClubMessage B.V. Bij de overname, dd. 17 januari 2012, werd er van uit gegaan dat de toenmalige bestuurders van M.E.C.E. aan de Ethische Code voldeden en is ook de focus niet direct naar de dienst 'KATIA' gegaan.
- VLAN, de drager waar de dienst 'KATIA' samen mee wordt aangeboden heeft naar eigen goeddunken de betreffende advertentie geplaatst om een lege plek op te vullen. M.E.C.E. stelt hiertoe geen opdracht gegeven te hebben. De advertentie die VLAN heeft geplaatst dateert van voor de inwerkingtreding van de Ethische Code.
- M.E.C.E. brengt vervolgens aan dat het bedrag van € 4000, de totale financiële impact op de eindgebruikers, dan ook door twee gedeeld dient te worden nu zij de dienst samen met VLAN aanbiedt. Na aftrek van een BTW-percentages van 21% blijft zo nog € 1650 over. Op dit bedrag betaalt M.E.C.E. op haar beurt nog eens € 834 kosten.
- Ten slotte wenst M.E.C.E. te benadrukken dat er geen kans is op recidive en zij geen prikkel behoeft, daar zij voorloper zijn op het gebied van wet- en regelgeving omtrent SMS in Nederland

en België en hebben bijgedragen aan het tot stand brengen van de SMS Gedragscode, de SMS Reclamecode, het SMS dienstenfilter en de aanwijzing van het Loket in Nederland.

5.3 Beoordeling Ethische Commissie

5.3.1 Ernst van de overtreding

a) Algemeen

De ernst van een overtreding kan in het algemeen worden beoordeeld rekening houdend met de aard van de overtreding en met de manier waarop die invloed heeft op de belangen van de eindgebruikers.

b) Aangaande de niet-naleving van de specifieke verplichtingen betreffende het aanbieden van chatdiensten (artikelen 90, 91, 92, 3° en 97 §1 van de Ethische Code)

Artikel 90 strekt ertoe te verzekeren dat de eindgebruiker ten gepaste tijde (met name vóór de start van de eigenlijke chatdienst) een juist inzicht heeft gekregen in de voornaamste kenmerken en de modaliteiten van de dienst.

Artikel 91 zorgt ervoor dat de eindgebruikers hun uitgaven voor een chatdienst te allen tijde zelf in de hand kunnen houden. SMS-MT's in het kader van een chatdienst aanrekenen komt erop neer dat M.E.C.E. zijn eindgebruikers onverschuldigde bedragen aanrekent.

De artikelen 90 en 91 van de Ethische Code zijn aldus sleutelartikelen in het kader van een aanbod van chatdiensten via betaalsms'en.

Het niet-naleven van deze artikelen schaadt de belangen van de eindgebruikers in aanzienlijke mate en maakt dan ook een ernstige inbreuk uit.

Ook betreffende het aanrekenen van een premium-tarief aan de boodschap waarmee uitgeschreven wordt schendt M.E.C.E een basisprincipe van een ethisch en eerlijk aanbod van betalende diensten, met name dat een eindgebruiker enkel behoort te betalen voor de dienst zelf (en niet, zoals in casu, voor de handeling waarmee hij uitschrijft uit die dienst).

c) Aangaande de niet-naleving van artikel 20, vierde lid van de Ethische Code

Op de markt van de betalende diensten die worden aangeboden via elektronische-communicatienetwerken, is de melding dat een dienst, zoals in casu "1 € par SMS" kost, (op z'n minst) een bron van ambiguïteit, gelet op de mogelijkheid die op deze markt bestaat om de sms'en ook bij de ontvangst door de eindgebruiker te factureren (en dit in tegenstelling tot interpersoonlijke of "normale" sms'en, die gratis zijn voor de eindgebruiker die ze ontvangt).

Het niet-nakomen van wat wordt voorgeschreven door artikel 20, vierde lid, van de Ethische Code is ernstig, aangezien dat kan leiden tot een situatie waarbij een eindgebruiker het dubbele wordt aangerekend dan wat hij had kunnen verwachten op basis van de reclame en van zijn gebruikelijke ervaring met interpersoonlijke sms'en.

d) Aangaande de niet-naleving van de overige artikelen betreffende vermeldingen in de reclame (artikelen 17, 27§1, 2° en 4° en 88 van de Ethische Code)

De inbreuken op de artikelen 17, 27,§1, 2° en 4°, en 88 van de Ethische Code kunnen aangemerkt worden als minder ernstig (van gemiddelde ernst), aangezien de eindgebruiker alternatieve (doch voor hem meer 'arbeidsintensieve' en dus minder efficiënte) middelen heeft om de door M.E.C.E weggelaten informatie te achterhalen.

Bijvoorbeeld:

- de mogelijkheid om klacht in dienen bij de Ethische Commissie (inbreuk op artikel 17 Ethische Code) staat vermeld op www.telethicom.be, de telefoongids (onder meer "de witte Gids"), enzovoort;
- het geografisch adres van M.E.C.E. NV (inbreuk op artikel 27, §1, 2°) kan op internet worden opgezocht
- Men kan op het nummer van de klantendienst vermeld in de reclame meer informatie kan krijgen over de algemene voorwaarden en de regels van aanvaardbaar gebruik
- ...

e) Aangaande de niet-naleving van artikel 14 van de Ethische Code (tegenstelbaarheid en consulteerbaarheid van de algemene voorwaarden)

De volledige regels van aanvaardbaar gebruik maken deel uit van de algemene voorwaarden van M.E.C.E. (zie artikel 3 van de algemene voorwaarden, bijlage 3 bij het aangevulde schriftelijk verweer van M.E.C.E.).

De regels van aanvaardbaar gebruik verplichten de eindgebruikers van de dienst 'KATIA' zich te onthouden van een hele reeks gedragingen die schade toebrengen aan derden of aan de maatschappij. Het is belangrijk dat deze regels afdwingbaar gemaakt worden om die belangen te beschermen.

Daarnaast bevatten de algemene voorwaarden ook belangrijke informatie die volgens andere dwingende wetten aan de eindgebruikers (uitdrukkelijk) kenbaar gemaakt moeten worden.

Zo schendt het melden van de afwezigheid van een herroepingsrecht via de algemene voorwaarden (artikel 2.4 van de algemene voorwaarden) mogelijkwijze de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming en de kennisgeving van het gebruik (onder meer voor promotionele doeleinden) van de persoonsgegevens van de eindgebruiker in artikel 7 van de algemene voorwaarden mogelijkwijze de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens.

Aangezien het vaststellen van de schending ten gronde van deze wetten niet behoort tot de bevoegdheden van de Ethische Commissie, oordeelt de Ethische Commissie dat het overtreden van artikel 14 van de Ethische Code dient aangemerkt te worden als een overtreding van mindere ernst.

Een andere overweging die hiertoe bijdraagt is dat een andere (juridische) sanctie van het niet-tegenstelbaar maken van de algemene voorwaarden, waaronder de vele exoneratiebedingen ten voordele van M.E.C.E. vastgesteld in de artikelen 4 en 5 van de algemene voorwaarden, de niet-afdwingbaarheid van die voorwaarden ten aanzien van de eindgebruiker is.

5.3.2 Opzettelijk karakter

Betreffende alle te weerhouden inbreuken, behalve die in verband met het aanbieden van chatdiensten (zie verder), oordeelt de Ethische Commissie dat in het thans voorliggende dossier geen overtuigende elementen aanwezig zijn die wijzen op een opzet in hoofde van M.E.C.E.

Aan (de huidige bestuurders van) M.E.C.E. dient volgens de Ethische Commissie wel enige onzorgvuldigheid verweten te worden in de mate in dat (i) de huidige bestuurders klaarblijkelijk zonder meer vertrouwd hebben op de juistheid van de beslissingen van de vorige bestuurders van de M.E.C.E., (ii) M.E.C.E. geen lering getrokken heeft uit de publicatie van beslissing n° D-2011-09 betreffende Music Hall op de website van de Ethische Commissie en (iii) M.E.C.E. er zich nochtans bewust had van mogen zijn dat zijn dienst een chatdienst uitmaakt nu hij na ontvangst van een 'STOP' ter uitschrijving uit de dienst een sms bericht stuurt met de boodschap "*Jammer dat u stopt met chatten*".

5.3.3 Conclusie

Gelet op het voorgaande kwalificeert de Ethische Commissie de inbreuken als volgt:

| Artikel Ethische Code | Ernst? | Opzet? |
|--------------------------|------------------|------------------|
| 90 - 91 -92,3° - 97§1 | Ernstig | Niet-opzettelijk |
| 20, vierde lid | Ernstig | Niet-opzettelijk |
| 17 - 27§1, 2° en 4° - 88 | Gemiddelde ernst | Niet-opzettelijk |
| 14 | Niet ernstig | Niet-opzettelijk |

6. Wat betreft de sanctie

6.1 Algemeen

Overeenkomstig artikel 134, §3, eerste lid, van de wet van 13 juni 2005 kan de Ethische Commissie de inbreuken op de Ethische Code bestraffen met een administratieve geldboete ten belope van 125 tot 125.000 € en/of een schorsing van de activiteiten van 1 tot 90 dagen.

In geval van een zware of herhaalde inbreuk kan de Ethische Commissie voor de telecommunicatie (of één van haar kamers) één of meer van de volgende maatregelen opleggen :

- 1° een administratieve geldboete ten belope van 250 tot 250.000 euro;
- 2° een schorsing van de betrokken diensten tot één jaar;
- 3° de opheffing van de betrokken dienst;
- 4° het verbod om nieuwe diensten aan te bieden.

(artikel 134, §3, tweede lid, wet 13 juni 2005)

6.2 Kwalificatie van de inbreuk als herhaaldelijk

De in de vaststelling aangestipte inbreuken kunnen niet beschouwd worden als herhaalde inbreuken, gezien de inbreuken nog niet eerder werden vastgesteld in een eindbeslissing van de Ethische Commissie³.

6.3 Kwalificatie van de inbreuk als zwaar

In hoofdzaak door het niet-naleven van artikel 91 van de Ethische Code gedurende 8 maanden is er een financiële impact op de eindgebruikers die op basis van een extrapolatie van de gegevens van M.E.C.E. geraamd kan worden op ongeveer € 4.000⁴ aan teveel aangerekende bedragen.

Eindgebruikers waren door het niet correct naleven van de tariefvermeldingsregels, vastgesteld in artikel 20, vierde lid van de Ethische Code, ook niet op de hoogte van de (niet toegelaten) aanrekening van SMS-MT's.

Daartegenover staat dat M.E.C.E. heeft zich in de loop van de procedure vrij constructief opgesteld heeft door herstelmaatregelen in het vooruitzicht te stellen en (in zekere mate) door te voeren.

Gezien de eerder geringe schade voor de eindgebruiker die voortvloeide uit deze overtreding heeft de Ethische Commissie besloten deze niet als zwaar aan te merken.

³ Hoewel M.E.C.E. eerder veroordeeld werd in zaak D-2012-08 voor gelijkaardige feiten, kan hier niet gesproken worden over een herhaaldelijke inbreuk aangezien beide zaken simultaan werden ingeleid.

⁴ [VERTROUWELIJK]

6.4 Bepaling van het bedrag dat ten onrechte door de vastgestelde inbreuken werd verkregen

Om het rechtsherstel⁵ te bevorderen dat, overeenkomstig artikel 134, §3, laatste lid, van de wet van 13 juni 2005 op de sanctiebeslissing van de Ethische Commissie moet volgen, beveelt de Ethische Commissie dat het bedrag dat werd verkregen door de niet-naleving van artikel 91 van de Ethische Code gedurende 8 maanden terugbetaald wordt aan de verschillende benadeelden. De Ethische Commissie gelast het secretariaat om ook aan de partijen die tussenkwamen in de facturatie van berichten van en naar het nummer 7707⁶, een kopie van het definitieve besluit te richten.

7. Besluit

De Ethische Commissie voor de telecommunicatie,

- na de vertegenwoordiger van M.E.C.E. te hebben gehoord op 14 december 2012,
- na kennis te hebben genomen van het dossier,
- na beraadslaging over en beoordeling van de zaak op 14 december 2012,

1. stelt vast dat M.E.C.E. een inbreuk beging op artikelen 90, 91, 92, 3° en 97 § 1, de artikelen 20, vierde lid, 27 §1, 2° en 4°, en 88, artikel 14 en artikel 17 van het Koninklijk Besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie
2. legt om die reden en overeenkomstig artikel 134, §3, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie een boete op aan M.E.C.E. ten bedrage van tweeduizend euro;
3. beveelt dat dit bedrag binnen 30 dagen na ontvangst van dit besluit betaald moeten worden op rekeningnummer IBAN: BE12 6790 0007 7192 - BIC: PCHQBEBB op naam van het BIPT, Koning Albert II-laan 35, B – 1030 BRUSSEL , met als mededeling “Boete aan de Ethische Commissie”, gevolgd door het beslissingsnummer vermeld op de titelpagina van deze beslissing;
4. beveelt dat het bedrag dat werd verkregen door de niet-naleving van artikel 91 van de Ethische Code voor de telecommunicatie gedurende 8 maanden, terugbetaald wordt aan de verschillende benadeelden;
5. gelast het secretariaat om aan de partijen die tussenkwamen in de facturatie van berichten van en naar het nummer 7707⁷, een kopie van het definitieve besluit te richten.

8. Beroepsmogelijkheden

Overeenkomstig de wet van 6 juli 2005 betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie heeft u de mogelijkheid om beroep in te stellen bij het hof van beroep van Brussel, Poelaertplein 1, B-1000 Brussel. Het beroep wordt, op straffe van nietigheid die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld door middel van een ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend ter griffie van het hof van beroep van Brussel binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het

⁵ Dat rechtsherstel bestaat uit de terugbetaling "via de betrokken operatoren en binnen dertig dagen te rekenen vanaf de kennisgeving van de uitspraak" van de bedragen die van de benadeelde of benadeelden verkregen werden ten gevolge van de vastgestelde inbreuk.

⁶ Het gaat in casu om:

- de connectiviteitsleverancier MobileWeb NV
- de mobiele operatoren Belgacom NV, Mobistar NV, KPN Group Belgium NV en Telenet NV.

⁷ Het gaat in casu om:

- de connectiviteitsleverancier MobileWeb NV
- de mobiele operatoren Belgacom NV, Mobistar NV, KPN Group Belgium NV en Telenet NV.

besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na de kennisname van het besluit.

Het hoger beroep wordt ingesteld: 1° bij akte van een gerechtsdeurwaarder die aan de tegenpartij wordt betekend; 2° bij een verzoekschrift dat, in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn, ingediend wordt op de griffie van het gerecht in hoger beroep; 3° bij ter post aangetekende brief die aan de griffie wordt gezonden; 4° bij conclusie, ten aanzien van iedere partij die bij het geding aanwezig of vertegenwoordigd is. Met uitzondering van het geval waarin het hoger beroep bij conclusie wordt ingesteld, vermeldt de akte van hoger beroep, op straffe van nietigheid de vermeldingen van artikel 1057 van het gerechtelijk wetboek.

9. Bekendmaking

Deze beslissing zal, overeenkomstig artikel 32, § 3, van het koninklijk besluit van 1 april 2007 betreffende de procedure voor en de praktische regels in verband met de werking van de Ethische Commissie voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken, door toedoen van het secretariaat en onder voorbehoud van vertrouwelijkheid gepubliceerd worden op de website van de Ethische Commissie www.telethicom.be. De publicatie zal plaatsvinden na vertaling van de beslissing naar het Frans.

Gedaan te Brussel, op 18 februari 2013,

Voor de Ethische Commissie voor de telecommunicatie

Willem Debeuckelaere
Voorzitter