

Regeling van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 23 februari 2011, nr. WJZ / 11026769, tot wijziging van de Regeling universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen

De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,

Gelet op artikelen 2.11 en 3.5a, eerste lid, onderdelen d en e, van het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen;

Besluit:

ARTIKEL I

De Regeling universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen wordt gewijzigd als volgt:

A

Artikel 1.1 wordt gewijzigd als volgt:

1. Onderdeel e wordt verletterd tot onderdeel i.
2. Er worden vier onderdelen ingevoegd, luidende:

- e. *Premium SMS-dienst*: inhoudsdienst via SMS geleverd aan de afnemer daarvan, waarvoor een aanbieder van een openbare telefoondienst bedragen in rekening brengt bij een abonnee;
- f. *klacht*: iedere klacht of vraag van een abonnee aan een aanbieder van een openbare telefoondienst omtrent de bedragen die deze aanbieder aan hem in rekening brengt;
- g. *beperkte Premium SMS-dienst*: Premium SMS-dienst waarbij een afnemer daarvan, naar aanleiding van zijn ondubbelzinnige verzoek tot levering van die dienst, één of meerdere Premium SMS-berichten verstuurt dan wel ontvangt, waarvoor hem ten hoogste in totaal € 1,50 in rekening wordt gebracht;
- h. *Premium SMS-bericht*: SMS-bericht waarvan het aan een abonnee in rekening gebrachte tarief niet geheel is bestemd voor de levering van een openbare telefoondienst;

B

In artikel 3.1 wordt 'artikel 7.1, derde lid, van de wet' vervangen door: artikel 7.1, vierde lid, van de wet.

C

Na artikel 3.8 wordt vier artikelen ingevoegd, luidende:

Artikel 3.9

1. Een aanbieder van een openbare telefoondienst biedt een consument te allen tijde kosteloos de mogelijkheid tot het aangaan van een overeenkomst met betrekking tot de levering van een openbare telefoondienst waarbij de mogelijkheid tot het afnemen van Premium SMS-diensten is geblokkeerd.
2. Een aanbieder van een openbare telefoondienst biedt een consument met wie hij een overeenkomst is aangegaan tot levering van een openbare telefoondienst te allen tijde de mogelijkheid om die overeenkomst gedurende de looptijd daarvan kosteloos in die zin te wijzigen dat de mogelijkheid tot het afnemen van Premium SMS-diensten op verzoek van die consument wordt geblokkeerd.

Artikel 3.10

1. Een aanbieder van een openbare telefoondienst kan de levering van de telefoondienst uitsluitend opschorten of beëindigen op grond van het feit dat een consument met wie hij een overeenkomst is aangegaan tot levering van de telefoondienst een door die aanbieder in

rekening gebracht bedrag voor een Premium SMS-dienst niet betaalt, indien die consument bij de aanbieder geen klacht heeft ingediend over dat bedrag.

2. Indien een consument die met een aanbieder van een openbare telefoondienst een overeenkomst is aangegaan tot het afnemen van de telefoondienst bij die aanbieder een klacht indient over een door die aanbieder aan hem in rekening gebracht bedrag voor een Premium SMS-dienst, onderzoekt de aanbieder deze klacht. De termijn voor het indienen van de klacht bedraagt twee maanden vanaf de datum van de factuur waarop dat bedrag door de aanbieder aan de consument in rekening is gebracht.
3. Een aanbieder van een openbare telefoondienst kan de levering van de telefoondienst aan een consument die met hem een overeenkomst tot het afnemen van die telefoondienst is aangegaan en die een klacht als bedoeld in het tweede lid heeft ingediend binnen de daarvoor gestelde termijn, slechts opschorten of beëindigen, nadat hij de klacht heeft afgewezen.
4. Indien de klacht, bedoeld in het tweede lid, geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op een in rekening gebracht bedrag voor een beperkte Premium SMS-dienst, kan de aanbieder van de openbare telefoondienst de klacht slechts afwijzen als hij kan aantonen dat de totstandkoming van de overeenkomst tot het afnemen van de Premium SMS-dienst is gebaseerd op een geïnformeerd besluit van de consument die de overeenkomst tot het afnemen van de Premium SMS-dienst is aangegaan.
5. Indien de klacht, bedoeld in het tweede lid, geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op een in rekening gebracht bedrag voor een andere Premium SMS-dienst dan een beperkte Premium SMS-dienst, kan de aanbieder van de openbare telefoondienst de klacht slechts afwijzen als hij kan aantonen dat:
 - a. de totstandkoming van de overeenkomst tot het afnemen van de Premium SMS-dienst is gebaseerd op een geïnformeerd besluit van de consument die de overeenkomst tot levering van de Premium SMS-dienst is aangegaan, en
 - b. de consument met wie hij een overeenkomst is aangegaan tot levering van de telefoondienst op ondubbelzinnige wijze heeft verklaard dat hij de kosten voor die Premium SMS-dienst zal betalen aan de aanbieder van de openbare telefoondienst.
6. Er is sprake van een geïnformeerd besluit als bedoeld in het vierde en vijfde lid, indien bij de totstandkoming van de overeenkomst tot het afnemen van de Premium SMS-dienst is voldaan aan de artikelen 15d en 15e van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, de bepalingen van Afdeling 3a van Titel 3 alsmede de artikelen 227b en 227c van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en aan de bepalingen van Afdeling 9A van Titel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.
7. Indien de aanbieder van de openbare telefoondienst de klacht, bedoeld in het tweede lid, heeft afgewezen, kan hij voorts de levering van de openbare telefoondienst slechts opschorten of beëindigen op grond van het feit dat de consument met wie hij een overeenkomst is aangegaan tot levering van de telefoondienst een door die aanbieder aan hem rekening gebracht bedrag voor een Premium SMS-dienst niet betaalt, indien:
 - a. in de overeenkomst tot levering van de telefoondienst een beding is opgenomen dat de aanbieder aan de consument bedragen in rekening kan brengen voor Premium SMS-diensten en dat de aanbieder de levering van de telefoondienst mag opschorten of beëindigen wanneer de consument één of meer van die bedragen niet betaalt;
 - b. hij de consument voor of bij het sluiten van de overeenkomst tot levering van de openbare telefoondienst schriftelijk of door een andere aan die consument ter beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager heeft gewezen op de mogelijkheid om het afnemen van Premium SMS-diensten te allen tijde kosteloos te blokkeren;
 - c. hij de consument, tegelijkertijd met een afwijzing van de klacht als bedoeld in het derde lid, schriftelijk of door een andere aan die consument ter beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager heeft geïnformeerd over diens recht om een geschil hierover aanhangig te maken bij een geschillencommissie als bedoeld in artikel 12.1, eerste lid, van de wet en de consument gedurende een maand nadat hij deze informatie heeft ontvangen, geen gebruik heeft gemaakt van dat recht.

Artikel 3.11

1. Wanneer een consument die met een aanbieder van een openbare telefoondienst een overeenkomst is aangegaan tot het afnemen van die telefoondienst bij die aanbieder een klacht als bedoeld in artikel 3.10, tweede lid, heeft ingediend en de aanbieder de klacht afwijst, informeert de aanbieder die consument gelijktijdig met het afwijzen van deze klacht schriftelijk of door een andere aan die consument ter beschikking staande duurzame gegevensdrager dat

die consument een geschil met betrekking tot deze klacht binnen een maand na de datum van het afwijzen van de klacht aanhangig kan maken bij een geschillencommissie als bedoeld in artikel 12.1, eerste lid, van de wet.

2. Indien een consument die met een aanbieder van een openbare telefoondienst een overeenkomst is aangegaan tot het afnemen van de telefoondienst het geschil, bedoeld in het eerste lid, binnen de daarvoor gestelde termijn, aanhangig heeft gemaakt bij een geschillencommissie als bedoeld in artikel 12.1, eerste lid, van de wet, kan die aanbieder de levering van de telefoondienst aan die consument uitsluitend opschorten of beëindigen op grond van het feit dat de consument het in geschil zijnde bedrag dat de aanbieder aan hem in rekening heeft gebracht voor een Premium SMS-dienst niet betaalt, indien de geschillencommissie daartoe heeft beslist.

Artikel 3.12

De artikelen 3.9 tot en met 3.11 en 3.13 zijn van overeenkomstige toepassing op Premium SMS-berichten verzonden met een ander doel dan het afnemen van een Premium SMS-dienst.

Artikel 3.13

1. Een aanbieder van een openbare telefoondienst biedt een consument met wie hij een overeenkomst is aangegaan tot levering van de telefoondienst kosteloos een voorziening waardoor die consument kenbaar kan maken dat hij geen Premium SMS-diensten wenst af te nemen.
2. Indien een consument met wie een aanbieder van een openbare telefoondienst een overeenkomst is aangegaan tot levering van de telefoondienst gebruikmakend van de voorziening, bedoeld in het eerste lid, kenbaar maakt dat hij geen Premium SMS-diensten wenst af te nemen, brengt de aanbieder aan die consument geen kosten in rekening voor Premium SMS-diensten.

ARTIKEL II

Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 april 2011, met uitzondering van artikel I, onderdeel C, voor zover het betreft artikel 3.9, dat in werking treedt met ingang van 1 januari 2012.

ARTIKEL III

Artikel 3.13 van de Regeling universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen vervalt met ingang van 1 januari 2012.

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 23 februari 2011

*De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,
M.J.M. Verhagen*

TOELICHTING

I. Algemeen

1. Doel en aanleiding

Door middel van deze wijzigingsregeling worden er in de Regeling universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (hierna: de Regeling) voorwaarden gesteld aan de opschorting of beëindiging van de levering van de openbare telefoondienst (hierna: afsluiting van de telefoon) door de telefonieaanbieder wanneer een consument een door die telefonieaanbieder aan hem in rekening gebracht bedrag voor een of meer Premium SMS-diensten niet betaalt.

Dit deel van de Regeling is gebaseerd op artikel 2.11 van het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (hierna: het Besluit). Sinds 1 juli 2010 is in dit artikel geregeld dat de Regeling kan voorzien in voorwaarden waaraan aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten moeten voldoen voordat zij die diensten mogen opschorten of beëindigen.

Het doel van het stellen van voorwaarden aan opschorting of beëindiging van de levering van de openbare telefoondienst is om consumenten beter te beschermen tegen het ongerechtvaardigd afsluiten van de telefoon als drukmiddel om betalingen voor Premium SMS-diensten af te dwingen. Aanleiding voor het regelen van voorwaarden voor het afsluiten van de telefoon bij het niet betalen voor Premium SMS-diensten is de zogenaamde SMS-problematiek. Kern van de problematiek is dat consumenten vaak onbedoeld of ongewild Premium SMS-diensten geleverd krijgen en daarvoor moeten betalen. Dit kan onder andere gebeuren doordat een consument denkt slechts een beperkte Premium SMS-dienst af te nemen, maar aan een onbeperkt abonnement op een Premium SMS-dienst blijkt vast te zitten. Het kan ook gebeuren dat consumenten na het afnemen van een bepaalde Premium SMS-dienst steeds weer opnieuw worden uitgenodigd om die Premium SMS-dienst af te nemen (bijvoorbeeld bij chatdiensten), waarbij vaak niet voldoende duidelijk gemaakt wordt dat dit hen veel geld kan gaan kosten. Daarnaast komt het voor dat er bedragen voor Premium SMS-diensten in rekening worden gebracht, zonder dat de consument daarmee heeft ingestemd. De kosten die hiermee gemoeid zijn, leiden tot hoge telefoonrekeningen, omdat consumenten hier vaak niet direct achterkomen en het vervolgens veelal niet eenvoudig blijkt om van die Premium SMS-diensten af te komen.

Deze problemen met Premium SMS-diensten hebben verschillende oorzaken. Zo zijn reclames voor Premium SMS-diensten (te) vaak misleidend en wordt er in de fase voorafgaand aan het aangaan van een overeenkomst voor een Premium SMS-dienst niet altijd voldaan aan de wettelijke informatieverplichtingen. Een ander deel van de SMS-problematiek vindt zijn oorsprong in de praktijk waarbij het incasseren van de betaling voor Premium SMS-diensten wordt ondersteund door de dreiging van het afsluiten van de telefoon. In de huidige praktijk worden Premium SMS-diensten namelijk voornamelijk in rekening gebracht op de telefoonrekening en geïncasseerd door de telefonieaanbieder ten behoeve van de aanbieder van een Premium SMS-dienst. Het niet volledig betalen van de telefoonrekening kan vervolgens worden bestraft met afsluiting van de telefoon. Het maakt daarbij niet uit welk deel van de telefoonrekening niet betaald is: afsluiting van de telefoon kan in de praktijk ook aan de orde zijn bij niet-betaling van andere diensten dan de openbare telefoondienst. Met andere woorden: wanneer een consument hoog opgelopen kosten met betrekking tot Premium SMS-diensten niet kan betalen, kan dit er dus toe leiden dat hij niet meer kan bellen. Deze praktijk brengt consumenten in een onevenredig nadelige positie ten aanzien van malafide aanbieders van Premium SMS-diensten.

De Regeling beoogt momenteel enkel de SMS-problematiek aan te pakken. Daarom worden er nu alleen voorwaarden geformuleerd voor de afsluiting van de telefoon bij niet-betaling voor Premium SMS-diensten. De reden hiervoor is dat over de kosten voor Premium SMS-diensten de meeste klachten worden ingediend en de Tweede Kamer heeft gevraagd om een oplossing van de SMS-problematiek (zie o.a. Kamerstukken II 2009/10, nr. 31412, nr. 17 en nr. 20). Dat neemt niet weg dat soortgelijke voorwaarden in de toekomst ook kunnen gaan gelden voor andere vormen van 'inhoudsdienstverlening' waarvan de betaling via de telefoonrekening geschiedt. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan betaalde mobiele internet diensten.

Uitbreiding van de werkingssfeer van deze regeling tot 090x-nummers (waarbij ook sprake is van inhoudsdiensten en een incassofunctie van de telefonieaanbieder, is niet opportuun. In de Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde lagere regelgeving is de bescherming van consumenten op het gebied van 090x-nummers afdoende geregeld. In dit verband kan daarnaast nog het volgende worden opgemerkt. De bestaande regelgeving voor 090x-nummers bevat naast verplichtingen voor telefonieaanbieders ook verplichtingen voor aanbieders van inhoudsdiensten in hun hoedanigheid van nummergebruiker. Dergelijke verplichtingen zijn in overeenstemming met het Europese regelgevende kader voor de elektronische communicatiesector. Een voorbeeld hiervan is de verplichting voor aanbieders van 0906-, 0909- en 0900-nummers om zich aan te sluiten bij een erkende geschillencommissie. Het bestaande regime voor 090x-nummers kan echter niet integraal worden toegepast op Premium SMS-diensten. De reden hiervoor is dat aanbieders van Premium SMS-diensten geen nummergebruiker zijn in de zin van de Telecommunicatiewet. Ook overigens bieden de Telecommunicatiewet en de op de Telecommunicatiewet gebaseerde lagere regelgeving geen grondslag om

verplichtingen op te leggen aan aanbieders van Premium SMS-diensten: Premium SMS-diensten zijn immers geen (openbare) elektronische communicatiediensten, maar zijn 'inhoudsdiensten'.

Overeenkomsten die via SMS worden aangegaan, zijn overeenkomsten op afstand. Het Burgerlijk Wetboek bevat regels hierover. Voor overeenkomsten die via SMS worden aangegaan, gelden de bepalingen van afdeling 9A van Titel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, die speciale waarborgen bevatten voor de consument die een overeenkomst op afstand aangaat. Zo moet op basis van artikel 7:46c Burgerlijk Wetboek tijdig voordat de overeenkomst wordt aangegaan, informatie worden verstrekt aan de consument, zoals (onder andere) de identiteit van de handelaar, de belangrijkste kenmerken van het product, de prijs van het product en het al dan niet bestaan van een bedenktijd. Aangezien een Premium SMS-dienst een dienst van de informatiemaatschappij is, gelden daarnaast ook nog eens de specifieke informatieverplichtingen die te vinden zijn in de artikelen 15d en 15e van Boek 3 en de artikelen 227b en 227c van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Daarnaast kent het Burgerlijk Wetboek regelgeving omtrent oneerlijke handelspraktijken zoals misleidende reclame (afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek).

Ondanks deze regels in het Burgerlijk Wetboek zijn er in de praktijk veel klachten van consumenten over bepaalde Premium SMS-diensten. Met het oog op deze klachten heeft de sector (dat wil zeggen: de aanbieders van openbare telefoondiensten, de SMS-dienstverleners en de SMS-contentaanbieders) destijds (1 mei 2003) een Gedragscode SMS-dienstverlening opgesteld. Van deze Gedragscode SMS-dienstverlening maakt ook deel uit de Reclamecode SMS-dienstverlening. De Gedragscode SMS-dienstverlening is sinds 2003 een aantal malen herzien. De werking van de Gedragscode SMS-dienstverlening is in de zomer van 2009 geëvalueerd. Deze evaluatie is bij brief van 22 januari 2010 aan de Tweede Kamer gezonden (Kamerstukken II 2009/10, nr. 31 412, nr. 16). Uit de evaluatie is gebleken dat het, ondanks een aantal herzieningen van zowel de Gedragscode SMS-dienstverlening als de Reclamecode SMS-dienstverlening, nog veelvuldig voorkomt dat consumenten ongewild of onbedoeld een Premium SMS-dienst afnemen.

Aangezien de gedragscode tot nog toe dus nog niet heeft geleid tot een genoegzame oplossing voor de SMS-problematiek, is besloten de aanpak van deze problematiek door middel van een wijziging van de Regeling te ondersteunen. De gedachte achter de regelgeving is allereerst om consumenten beter te beschermen tegen onterechte afsluiting van de telefoon als een drukmiddel om betaling voor Premium SMS-diensten af te dwingen. Er mag echter ook worden verwacht dat deze regelgeving eraan zal bijdragen dat telefonieaanbieders worden gestimuleerd om malafide aanbieders van Premium SMS-diensten te weren.

2. Voorgestelde maatregelen

2.1 Achtergrond

Premium SMS-diensten en afsluitbedingen

De directe aanleiding voor de wijziging van de Regeling is het grote aantal klachten over een bepaald soort SMS-diensten, de zogeheten 'Premium SMS-diensten'. Premium SMS-diensten zijn 'inhoudsdiensten' (en dus geen openbare telefoondiensten) die via het sturen en/of ontvangen van een SMS-bericht worden afgenomen en waarvoor de verschuldigde bedragen veelal op grond van een incassoafpraak tussen een aanbieder van de Premium SMS-dienst en de telefonieaanbieder op de telefoonrekening verschijnen. Voor deze Premium SMS-berichten, zowel ontvangen als verzonden, geldt een (vaak veel) hoger tarief dan gebruikelijk is voor 'reguliere' SMS-berichten. De inhoud (of 'content') van een Premium SMS-bericht kan heel divers zijn. Het kan gaan om ringtones voor een mobiele telefoon, logo's, chatberichten, quizen, spelletjes, informatie, etc. In de algemene voorwaarden van telefonieaanbieders wordt 'content' vaak omschreven als: '(digitale) informatie, zoals tekst, gegevens, bewegende, stilstaande en grafische beelden, geluidsopnames en informatie in elke andere vorm, zoals spelletjes, reclame en/of gelijksoortige diensten'.

Premium SMS-diensten kunnen een beperkt karakter hebben (dat wil zeggen: beperkt qua kosten en qua duur), maar kunnen ook bestaan uit abonnementsdiensten. Abonnementsdiensten behelzen een niet van te voren vaststaand aantal Premium SMS-berichten, waarbij voor elk verzonden en ontvangen bericht moet worden betaald. Vaak gaat het om diensten voor onbepaalde duur, die slechts beëindigd kunnen worden door middel van een afmelding. Vooral de kosten van deze abonnementsdiensten kunnen (zeer) hoog oplopen: abonnementsdiensten die € 9,- per week kosten en zonder afmelding onbeperkt doorlopen zijn geen uitzondering. Ook hogere bedragen komen voor. Premium SMS-diensten worden geleverd op basis van een overeenkomst tussen de gebruiker van een telefoon (dit kan de abonnee zijn, maar dat hoeft niet) en een aanbieder van Premium SMS-diensten, de zogenaamde 'SMS-contentaanbieder'. Meestal is deze SMS-contentaanbieder een andere partij dan de telefonieaanbieder. Betaling van de Premium SMS-diensten loopt echter meestal via de telefoonrekening. De telefonieaanbieder brengt dan dus bij zijn abonnee kosten in rekening voor *andere* diensten dan de door die telefonieaanbieder geleverde openbare telefoondienst. Met andere woorden: een abonnee kan op zijn telefoonrekening zowel bedragen met betrekking tot de geleverde openbare

telefoon dienst aantreffen, als bedragen met betrekking tot andere diensten, zoals Premium SMS-diensten.

Het is gebruikelijk dat telefonieaanbieders in hun algemene voorwaarden een beding opnemen waarin staat dat bij wanbetaling van de telefoonrekening de levering van de openbare telefoon dienst opgeschort of beëindigd mag worden (afsluitbeding). Vanwege de grote gevolgen van het afsluiten van zijn (mobiele) telefoon voor met name een consument, is het van groot belang dat een telefonieaanbieder zeer zorgvuldig handelt als hij als sanctie voor niet-tijdige betaling de telefoon van een consument wil afsluiten. In dit verband kan ook worden verwezen naar overweging 16 van de Universeeledienstrichtlijn (Richtlijn 2002/22/EG), waarin de Europese wetgever aangeeft dat 'consumenten [dienen] te worden beschermd tegen onmiddellijke afsluiting van het netwerk op grond van een onbetaalde rekening en, in het bijzonder bij een geschil over hoge rekeningen voor tariefnummers, in afwachting van een regeling van het geschil toegang te behouden tot essentiële telefoon diensten. De lidstaten kunnen beslissen dat de toegang alleen gehandhaafd blijft indien de abonnee de huurkosten van de lijn blijft betalen.'

Zorgvuldigheid en terughoudendheid bij het afsluiten van de telefoon is bij wanbetaling dus altijd van belang. Dat geldt bij niet-tijdige betaling van de door de telefonieaanbieder geleverde (elektronische communicatie) diensten. Maar dat geldt zeker, en zelfs nog in versterkte mate, als het gaat om niet-tijdige betaling van *andere* dienstverlening (meestal bestaande uit dienstverlening door derden). In dat geval is extra zorgvuldigheid en extra terughoudendheid geboden. Het gebruik van de (mobiele) telefoon is immers niet meer uit het dagelijkse leven van een groot deel van de Nederlanders weg te denken.

Waarborgen bij opschorten of beëindigen

Zoals hierboven aangegeven kan de openbare telefoon dienst momenteel worden opgeschort of beëindigd, ook al komt een abonnee zijn betalingsverplichting ten aanzien van die telefoon dienst gewoon na (of wil hij die nakomen) en is het in het bijzonder de dreiging dat de telefoon kan worden afgesloten, die consumenten bij geschillen over Premium SMS-diensten in een zwakke positie brengt. Het afsluiten van de telefoon kan daarom al snel onevenredig veel nadeel veroorzaken. Daarnaast is het in het maatschappelijk verkeer allerminst gebruikelijk dat een partij zijn dienstverlening staakt of opschort, terwijl de wederpartij zijn betalingsverplichtingen jegens deze partij geheel nakomt of wil nakomen, maar (mogelijk) in gebreke blijft te betalen voor dienstverlening van een derde partij. De vraag is daarom in hoeverre het redelijk kan zijn dat een telefonieaanbieder de levering van de openbare telefoon dienst staakt omdat de abonnee niet tijdig betaalt voor de diensten verleend door een andere partij dan die telefonieaanbieder.

De Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde regelgeving bevatten diverse bepalingen gericht op versterking van de positie van de consument als gebruiker van (openbare) elektronische communicatiediensten. Bij telefonie geniet de gebruiker extra bescherming, gelet op het grote maatschappelijke belang van telefonie (zowel vast als mobiel). Artikel 7.8, eerste lid, onderdeel c, van de Telecommunicatiewet bevat een delegatiebepaling om opschorting of beëindiging van een openbare elektronische communicatiedienst nader te kunnen regelen. Artikel 2.11 van het Besluit kent vervolgens (sinds de meest recente wijziging) de mogelijkheid om de voorwaarden voor opschorting of beëindiging van de openbare elektronische communicatiedienst meer concreet uit te werken in de Regeling. De maatregelen die nu worden opgenomen in de Regeling laten in beginsel onverlet dat een partij zijn dienstverlening kan opschorten of zelfs beëindigen als diens wederpartij zijn betalingsverplichtingen ten aanzien van die dienstverlening niet of niet tijdig nakomt. Er gelden echter wel extra waarborgen, zoals ook de Europese wetgever in de eerder hierboven aangehaalde overweging 16 van Richtlijn 2002/22/EG voor ogen stond. Gelet op het grote belang voor de consument dat hij kan blijven bellen en gebeld worden, behoort het afsluiten van de telefoon bij niet-tijdige betaling van Premium SMS-diensten volgens de Europese wetgever tot het 'strikt noodzakelijke' beperkt te blijven. Anders gezegd: als een consument gewoon betaalt voor de aan hem geleverde openbare telefoon dienst, behoort het beginsel te gelden dat telefoon niet wordt afgesloten. Alleen onder bepaalde voorwaarden kan van dit beginsel worden afgeweken.

Hieronder (paragraaf 2.2 t/m 2.5) wordt toegelicht welke voorschriften de telefonieaanbieder in acht moet nemen wanneer hij telefoon van een consument wil afsluiten, omdat deze consument niet betaalt voor Premium SMS-diensten waarvoor die telefonieaanbieder de betaling incasseert.

2.2 Algehele 'opt-out'

Om een consument actief in staat te stellen invloed uit te oefenen op de hoogte van zijn telefoonrekening en om te voorkomen dat zijn telefoon wordt afgesloten omdat hij de telefoonrekening niet meer kan betalen, worden de telefonieaanbieders verplicht om consumenten telefoonabonnementen aan te bieden waarbij het niet mogelijk is om Premium SMS-diensten af te nemen. Daarnaast worden telefonieaanbieders verplicht om de mogelijkheid tot het kunnen afnemen van Premium SMS-diensten te allen tijde kosteloos te blokkeren op verzoek van de consument met wie zij een overeenkomst

hebben voor de levering van de telefoondienst. Door middel van deze algehele 'opt-out' kunnen consumenten zelf actief voorkomen dat zij met kosten geconfronteerd worden die zij niet kunnen betalen.

In het verlengde van deze opt-out mogelijkheid wordt er voorzien in een informatieverplichting voor de telefonieaanbieder om een consument voor of bij het sluiten van een overeenkomst tot levering van een openbare telefoondienst schriftelijk te wijzen op kosteloze opt-out mogelijkheid. Mocht de telefonieaanbieder niet voldoen aan deze informatieverplichting, dan kan hij de telefoon niet afsluiten op grond van het feit dat die consument niet betaalt voor een Premium SMS-dienst.

Artikel 3.9 van de Regeling, dat de opt-out mogelijkheid regelt, geldt overigens voor alle overeenkomsten met betrekking tot de levering van een openbare telefoondienst. Dit houdt in dat de opt-out mogelijkheid ook prepaid-abonnees beschermt, omdat een consument ook bij het aangaan van een prepaid-overeenkomst ervoor kan kiezen om geen Premium SMS-diensten af te nemen.

2.3. Afsluitbeding in de overeenkomst met de telefonieaanbieder

Een telefonieaanbieder die via zijn telefoonrekening betaling vordert van Premium SMS-diensten van een consument met wie hij een overeenkomst is aangegaan tot levering van een openbare telefoondienst, mag bij (gedeeltelijke) niet-betaling van die telefoonrekening de telefoon alleen afsluiten als die consument heeft aanvaard dat a) de verrekening van Premium SMS-diensten kan geschieden via de telefoonrekening en b) dat (gedeeltelijke) niet-betaling van de kosten voor Premium SMS-diensten die via de telefoonrekening geïncasseerd worden, afsluiting van die telefoon tot gevolg kan hebben. Die aanvaarding mag worden verondersteld wanneer in de overeenkomst tussen die telefonieaanbieder en die consument het beding is opgenomen dat de telefonieaanbieder op zijn telefoonrekening betaling kan vorderen van bedragen ter zake van één of meer Premium SMS-diensten en dat wanneer de consument die bedragen niet betaalt, die aanbieder de levering van die telefoondienst aan die consument mag opschorten of beëindigen. Zonder de aanwezigheid van een dergelijk beding in de overeenkomst tot levering van de openbare telefoondienst, kan de telefonieaanbieder de telefoon niet afsluiten wanneer die consument de kosten voor Premium SMS-diensten (gedeeltelijk) niet betaalt.

2.4 Klachten omtrent betaling van SMS-diensten

De Regeling introduceert in het kader van de bescherming van de consument tegen ongerechtvaardigde afsluiting van de telefoon in het geval van het niet betalen voor Premium SMS-diensten een 'piepsysteem'. Dat houdt het volgende in. Wanneer een consument bij zijn telefonieaanbieder een klacht indient over een of meerdere bedragen op de telefoonrekening die verband houden met Premium SMS-diensten, kan de telefonieaanbieder de telefoon alleen afsluiten wanneer hij de klacht onderzocht en afgewezen heeft. Wanneer en zolang de telefonieaanbieder de klacht niet heeft afgewezen, mag hij de telefoon van die consument niet afsluiten als die consument niet betaalt voor de Premium SMS-diensten waarover hij de klacht heeft ingediend. De Regeling bepaalt de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, opdat de telefonieaanbieder de klacht van zo'n consument mag afwijzen.

Geïnformeerd besluit

Premium SMS-diensten worden aangeschaft door middel van een overeenkomst op afstand. Het Burgerlijk Wetboek bevat ter bescherming van de consument diverse informatieverplichtingen waaraan de verkoper moet voldoen. Verder mag een verkoper geen oneerlijke handelspraktijken toepassen, zoals misleidende reclame. Het gaat hierbij om algemeen geldende verplichtingen, die los staan van verrekening van Premium SMS-diensten via de telefoonrekening. Toch zijn delen van het Burgerlijk Wetboek relevant voor een telefonieaanbieder als hij incasso verricht voor aanbieders van Premium SMS-diensten en hij daarbij het afsluitbeding wil hanteren. De totstandkoming van de overeenkomst tot het leveren van die Premium SMS-dienst dient volgens de Regeling namelijk gebaseerd te zijn op een 'geïnformeerd besluit' van de consument, als de telefonieaanbieder het afsluitbeding zou willen invoeren. Dit houdt in dat een consument bij het aangaan van de overeenkomst tot het afnemen van de Premium SMS-dienst volledig geïnformeerd moet zijn, conform de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek over diensten van de informatiemaatschappij, verkoop op afstand en oneerlijke handelspraktijken. Of de consument als volledig geïnformeerd kan worden beschouwd, kan bijvoorbeeld worden opgemaakt uit de reclame-uiting op grond waarvan de consument destijds heeft besloten de Premium SMS-dienst af te nemen. Het is niet voldoende dat de aanbieder kan aantonen dat er 'OK' is ge-sms't door de consument.

De rechtvaardiging voor de voorwaarde van een geïnformeerd besluit is dat een telefonieaanbieder bij het afsluiten van de telefoon zeer zorgvuldig en terughoudend behoort te zijn. Zoals eerder gezegd, geldt dit uitgangspunt in versterkte mate wanneer het afsluiten verband houdt met wanbetaling voor andere dienstverlening dan het leveren van de openbare telefoondienst. Zeker wanneer een consument in gebreke blijft te betalen voor een Premium SMS-dienst van een *malafide* partij kan natuurlijk nooit een rechtvaardiging worden gevonden voor het afsluiten van de telefoon. Het wel toestaan dat

een telefonieaanbieder het afsluitbeding toepast ter wille van een malafide partij, om zo een consument tot betaling te dwingen, is onaanvaardbaar. Het zou een premie zijn op het niet naleven van de regels ter bescherming van de consument.

De aanbieder van een Premium SMS-dienst kan zelf op verschillende manieren bijdragen aan het waarborgen van een geïnformeerd besluit van de consument. Dit kan die aanbieder bijvoorbeeld doen door voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst op afstand een SMS-bericht te sturen met daarin kort en bondig de vraag of de consument zich ervan bewust is dat hij op het punt staat een overeenkomst tot levering van een Premium SMS-dienst aan te gaan waarvoor hij moet betalen, met daarbij het tarief en de duur van de overeenkomst. Daarnaast kan de aanbieder van een Premium SMS-dienst de consument om de zoveel tijd (kosteloos) een SMS-bericht sturen met een herinnering dat hij een Premium SMS-dienst afneemt en de wijze waarop hij deze dienst kan beëindigen.

Laagdrempeligheid en het onderscheid tussen beperkte en niet-beperkte Premium SMS-diensten

Bij Premium SMS-diensten is, zoals hierboven is aangegeven, sprake van een overeenkomst op afstand. De overeenkomst tot het afnemen van de Premium SMS-dienst wordt via elektronische weg gesloten, namelijk via uitwisseling van SMS-berichten. Dat maakt het afnemen van Premium SMS-diensten heel eenvoudig en laagdrempelig. In principe kan een telefoongebruiker op elk willekeurig moment een Premium SMS-dienst afnemen. Hij hoeft zich daar niet eerst voor te registreren. Hij hoeft geen naam- en adresgegevens op te geven. Hij hoeft geen aparte incassomachtiging te verlenen en hij betaalt pas achteraf. Op zichzelf zijn dit voordelen voor de afnemer: de drempel om Premium SMS-diensten af te nemen is daarmee heel laag. Daar staat tegenover dat door die lage drempel Premium SMS-diensten ook makkelijk *onbedoeld* kunnen worden afgenomen. Verder bestaat het risico dat Premium SMS-diensten *ongeautoriseerd* worden afgenomen, omdat een telefoon ook door een ander dan de abonnee kan worden gebruikt. En tenslotte is door de laagdrempeligheid ook misbruik door aanbieders van Premium SMS-diensten eenvoudiger.

Laagdrempeligheid is niet alleen belangrijk voor de afnemer, maar ook voor een aanbieder van Premium SMS-diensten. Hij hoeft zijn afnemers immers niet te registreren en kan direct leveren aan elke telefoongebruiker. Maar ook voor de aanbieder van Premium SMS-diensten kleven er risico's aan deze laagdrempeligheid. Het belangrijkste risico is dat er niet wordt betaald voor een afgenomen Premium SMS-dienst. Omdat een aanbieder van Premium SMS-diensten zijn dienst levert voordat er aan hem betaald is, kan hij de levering van de Premium SMS-dienst niet opschorten tot hij de betaling daarvoor heeft ontvangen. De sanctie dat een abonnee kan worden afgesloten van de openbare telefoondienst als hij niet betaalt voor de Premium SMS-dienst, verlaagt daarom het risico van niet-betaling voor een Premium SMS-dienst aanzienlijk. Overigens *kan* bij niet-betaling sprake zijn van kwade trouw, maar dat hoeft niet. Door de laagdrempeligheid kan een Premium SMS-dienst, zoals gezegd, immers ook onbedoeld of ongeautoriseerd worden afgenomen.

Bij de vraag naar het gerechtvaardigde belang van laagdrempeligheid zijn twee aspecten van belang: de prijs en de 'omvang' van de dienstverlening. Deze aspecten hangen overigens vaak nauw samen. Allereerst de prijs. Door het groeiende gebruik van internet, is ook het aantal verkopen op afstand de laatste jaren sterk toegenomen. Het bestaan van gebruiksvriendelijke online betalingsvormen (PayPal, iDeal, creditcard, automatische incasso) heeft daar een belangrijke, faciliterende rol bij gespeeld. Het gaat bij dergelijke verkopen niet alleen om grote, maar ook om relatief kleine bedragen. Vanaf een zeker bedrag is daarom het *on line* bestellen en betalen een goed alternatief als aanbieders van Premium SMS-diensten de zekerheid willen dat hun klanten ook daadwerkelijk betalen. Bij andere diensten dan Premium SMS-diensten is deze manier van betalen immers heel normaal. Een potentiële klant moet wel enige moeite doen, bijvoorbeeld: zich eenmalig laten registreren bij de aanbieder van een Premium SMS-dienst. Daarbij kan ook worden geregeld hoe de betaling voor afgenomen diensten zal plaatsvinden. Wanneer de kosten voor Premium SMS-diensten dan dus *niet* in rekening worden gebracht via de telefoonrekening, is het afsluiten van de telefoon als sanctie in ieder geval niet op zijn plaats.

Beneden een zeker bedrag zullen andere manieren van betaling geen goed alternatief zijn voor het afrekenen via de telefoonrekening, omdat het *on line* betalen dan als een te hoge drempel zou kunnen worden ervaren: te veel moeite voor een relatief laag bedrag. Als betaling via de telefoonrekening -met zo nodig afsluiting van de telefoon als sanctie- bij dergelijke Premium SMS-diensten niet mogelijk is, bestaat het risico dat zulke Premium SMS-diensten in het geheel niet meer worden aangeboden.

Laagdrempelige beschikbaarheid van Premium SMS-diensten en de mogelijkheid om de openbare telefoondienst af te sluiten als sanctie voor niet-betaling van die diensten, hangen nauw met elkaar samen. Daar staat tegenover het grote belang dat de openbare telefoondienst beschikbaar blijft. Derhalve moet de toepassing van een afsluitbeding als sanctie tot het strikt noodzakelijke beperkt blijven, waarbij een evenwicht moeten worden gezocht tussen een al dan niet noodzakelijke laagdrempeligheid van Premium SMS-diensten en de blijvende beschikbaarheid van de openbare telefoondienst.

Goedkopere, vaak 'beperkte', Premium SMS-diensten verschillen op twee manieren van duurdere,

meestal niet-beperkte, Premium SMS-diensten. Ten eerste kunnen de kosten bij de laatste categorie over het algemeen sneller oplopen en ten tweede is de incasso door de telefonieaanbieder voor die laatste categorie diensten niet noodzakelijk om ze levensvatbaar te houden. Bij de voorgestane aanpak van de SMS-problematiek is rekening gehouden met dit onderscheid. De Regeling spreekt zowel over Premium SMS-diensten in het algemeen als over 'beperkte' Premium SMS-diensten. Van beperkte Premium SMS-diensten is sprake wanneer een Premium SMS-dienst beperkt is in kosten (één of meer verzonden en/of ontvangen Premium SMS-berichten waarvoor de afnemer in totaal maximaal € 1,50 in rekening wordt gebracht). Deze beperking in kosten zal tegelijkertijd een afbakend effect hebben op de duur van de dienst, aangezien het niet lucratief zal zijn voor de aanbieder van een Premium SMS-dienst om voor een begrensd bedrag tot in het oneindige Premium SMS-berichten te blijven versturen. Kortom, de Regeling introduceert twee categorieën Premium SMS-diensten: Premium SMS-diensten die een beperkte Premium SMS-dienst zijn en Premium SMS-diensten die dat niet zijn. In het kader van het evenwicht tussen laagdrempelige beschikbaarheid van Premium SMS-diensten en de blijvende beschikbaarheid van de openbare telefoondienst, verbindt de Regeling vervolgens gevolgen aan dit onderscheid tussen beperkte en niet-beperkte Premium SMS-diensten. In een geval waar een abonnee klaagt over een bedrag met betrekking tot een Premium SMS-dienst, moet de telefonieaanbieder niet alleen aantonen dat er sprake was van een geïnformeerd besluit. Er geldt ten aanzien van wanbetaling voor niet-beperkte Premium SMS-diensten namelijk nog een extra eis waaraan een telefonieaanbieder moet voldoen, opdat hij de telefoon kan afsluiten. Wanneer een klacht (deels) betrekking heeft op een Premium SMS-dienst die geen beperkte Premium SMS-dienst is, moet er namelijk sprake zijn van een ondubbelzinnige wilsverklaring van de consument met wie de telefonieaanbieder een overeenkomst heeft voor de levering van de openbare telefoondienst dat hij de kosten voor *deze specifieke* Premium SMS-dienst inderdaad wil voldoen aan de telefonieaanbieder. Met het begrip 'ondubbelzinnig' wordt bedoeld te waarborgen dat het a) klip en klaar moet zijn dat die consument er *willens en wetens* mee instemt dat de kosten voor de Premium SMS-dienst door de telefonieaanbieder ten behoeve van een derde partij via de telefoonrekening bij hem geïncasseerd worden en b) dat die consument er *willens en wetens* mee instemt dat bij niet-betaling van deze kosten afsluiting van de telefoon kan volgen.

Vanwege de expertise die de sector heeft op dit punt en om de ontwikkeling van nieuwe technieken zo min mogelijk te hinderen, is het aan de sector om een nadere invulling te geven aan de wijze waarop zo'n ondubbelzinnige wilsverklaring kan plaatsvinden. Van essentieel belang is daarbij dat de toestemming afkomstig is van de consument met wie de telefonieaanbieder een overeenkomst is aangegaan voor de levering van de openbare telefoondienst, of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de toestemming van hem afkomstig is. Het is immers niet ongebruikelijk dat een gebruiker niet degene is die de overeenkomst tot levering van een openbare telefoondienst is aangegaan (denk maar aan gezinsleden die de beschikking hebben over een telefoon van een ander gezinslid). Een aparte autorisatiecode ('parentcode') die wordt verstrekt bij het aangaan van het telefoonabonnement en die elke keer moet worden gebruikt bij het afnemen van niet-beperkte Premium SMS-diensten, zou een mogelijke oplossing kunnen zijn. Een consument die zijn telefoon door een ander laat gebruiken, maar daarbij niet de autorisatiecode doorgeeft, heeft de zekerheid dat de telefoongebruiker alleen met zijn expliciete toestemming een bepaalde niet-beperkte Premium SMS-dienst kan afnemen.

Over SMS-chatdiensten kan in dit verband nog het volgende worden opgemerkt. Of er bij SMS-chatdiensten sprake is van een beperkte of een niet-beperkte Premium SMS-dienst, hangt af van de wijze waarop de overeenkomst tot levering van de chatdienst is gesloten. Als voldaan is aan de voorwaarden van a) het geïnformeerde besluit en b) de ondubbelzinnige wilsverklaring over de wijze van incasso, dan is er kennelijk sprake van een niet-beperkte Premium SMS-dienst. De consument met wie de telefonieaanbieder een overeenkomst is aangegaan tot levering van de openbare telefoondienst heeft dan ook ondubbelzinnig te kennen gegeven dat hij bereid is de kosten van de chatdienst te betalen via de telefoonrekening. Is daarentegen niet aan deze beide voorwaarden voldaan, dan moet de SMS-chatdienst dus wel een beperkte Premium SMS-dienst zijn. In dat geval is de overeenkomst tot het leveren van de chatdienst beperkt tot een zodanig aantal verstuurd en/of ontvangen SMS-chatberichten, dat de totale kosten van die berichten samen het bedrag van € 1,50 niet te boven gaan. Telkens als deze grens van € 1,50 is bereikt, moet dan een nieuwe overeenkomst worden afgesloten. Tenminste, als de consument wil doorgaan met *chatten* of de aanbieder van de chatdienst meer berichten wil versturen. Voor die nieuwe overeenkomst gelden vanzelfsprekend weer de voorwaarden genoemd in artikel 3.10.

2.5 Geschillencommissie

Wanneer een consument bij de telefonieaanbieder een klacht heeft ingediend en die telefonieaanbieder heeft de klacht afgewezen omdat er volgens de telefonieaanbieder is voldaan aan de hierboven beschreven voorwaarden, is die telefonieaanbieder verplicht om tegelijkertijd met die afwijzing die consument te informeren dat hij de kwestie binnen een maand aan de geschillencommissie kan voorleggen. Voldoet de telefonieaanbieder niet aan deze verplichting, dan mag hij de telefoon van die consument niet afsluiten.

De consument heeft, als zijn klacht afgewezen is, een maand de tijd om hierover een geschil aanhangig te maken bij een geschillencommissie. Gedurende deze termijn kan de telefonieaanbieder de telefoon niet afsluiten op grond van het feit dat die consument het betwiste bedrag niet betaalt. Als die consument gebruik maakt van zijn recht om een geschil over het betwiste bedrag aanhangig te maken bij de geschillencommissie, kan de telefonieaanbieder de telefoon uitsluitend afsluiten op grond van het feit dat die consument het in geschil zijnde bedrag niet betaalt, wanneer de geschillencommissie daartoe heeft beslist.

Over de rol van de geschillencommissie kan nog het volgende worden opgemerkt. Op grond van artikel 12.1, eerste lid, van de Telecommunicatiewet behandelt de geschillencommissie geschillen '(...) over een overeenkomst met betrekking tot levering van een openbare elektronische communicatiedienst (...)'. Wat Premium SMS-diensten betreft, gaat het geschil om de vraag of de levering van de openbare telefoondienst al of niet mag worden afgesloten. Deze vraag is strikt genomen alleen aan de orde als de consument de telefoonrekening niet of niet volledig heeft betaald. In de praktijk wordt het bedrag van de (maandelijkse) rekening door de telefonieaanbieder via automatische incasso van de bankrekening van de consument afgeschreven. Er is dan geen sprake van 'niet-betaling' of 'onvolledige betaling' en dus ook niet van een mogelijke afsluiting van de telefoon. Een 'geschil met betrekking tot levering van een openbare elektronische communicatiedienst' in de zin van artikel 12.1, eerste lid, van de Telecommunicatiewet is dan dus niet aan de orde. Er is mogelijk wel *een* geschil, maar dat betreft – nu afsluiting van de telefoon niet aan de orde is – de Premium SMS-dienst. Pas als er sprake is van (mogelijke) afsluiting van de telefoon, is er immers een geschil 'met betrekking tot levering van een openbare elektronische communicatiedienst'. Een consument die formeel zijn recht uit artikel 12.1, eerste lid, van de Telecommunicatiewet wil veilig stellen om zo nodig de geschillencommissie in te schakelen, zou dan dus eerst een eventuele betaling voor de Premium SMS-dienst ongedaan moeten maken, bijvoorbeeld door stornering van het afgeschreven bedrag. Indien de telefonieaanbieder dat niet wil en betaling verlangt van de kosten die de consument niet betwist, moet hij de consument administratief in staat stellen de niet-betwiste bedragen te betalen. Het is aan de aanbieder of hij hiertoe de rekening 'opknipt' in een betwist deel en een niet-betwist deel. Stornering is uiteraard niet nodig als de sector (vrijwillig) regelt dat een consument ook als afsluiting niet aan de orde is (omdat een omstreden betaling al is verricht), een afgewezen klacht toch aan de geschillencommissie kan voorleggen.

3. Uitwerking van de voorgestelde maatregelen in de praktijk

In deze paragraaf wordt ingegaan op de wijze waarop het vereiste van het geïnformeerde besluit in de praktijk kan werken, zonder dat dit leidt tot een onevenredige belasting voor de telefonieaanbieders en de toezichthouder (het college van de Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA) zal toezicht houden op deze bepalingen van de Regeling).

Zoals hierboven beschreven, worden de telefonieaanbieders op grond van dit deel van de Regeling 'verantwoordelijk' voor 'correcte' dienstverlening door aanbieders van Premium SMS-diensten, wanneer die telefonieaanbieders als sanctie de telefoon zouden willen afsluiten ter ondersteuning van de incasso die zij verrichten voor partijen die Premium SMS-diensten aanbieden. Telefonieaanbieders sluiten in de regel echter geen overeenkomst met degenen die daadwerkelijk de Premium SMS-diensten leveren (de 'SMS-contentleveranciers'), maar met een 'tussenschakel' (de zogenaamde 'SMS-dienstverleners'). Over het algemeen kennen de telefonieaanbieders de partijen voor wie zij uiteindelijk incasseren niet.

Indien er wel een rechtstreekse overeenkomst zou zijn tussen de telefonieaanbieder die de incasso doet en de partij voor wie hij dat doet, ligt het voor de hand dat de telefonieaanbieder contractueel bepaalt dat de partijen voor wie hij incassodiensten verricht, zich jegens hem verplichten nauwgezet hun wettelijke verplichtingen na te komen. Via contractuele boetebedingen en eventuele andere sanctiebepalingen zou hij deze verplichting kunnen versterken. Hij kan uiteraard ook besluiten in het geheel geen incasso te verrichten als hij onvoldoende waarborgen heeft dat de partij voor wie hij incasso doet zijn wettelijke verplichtingen nakomt.

In de praktijk zijn er zoals gezegd echter geen overeenkomsten tussen telefonieaanbieders en SMS-contentleveranciers. De telefonieaanbieders staan echter wel in een contractuele relatie tot de SMS-dienstverleners. Onderdeel van deze overeenkomst is, dat de SMS-dienstverleners mede de interoperabiliteit en interconnectie verzorgen tussen de SMS-contentleverancier en de telefoongebruikers die hun Premium SMS-diensten afnemen.

Omdat het voor een telefonieaanbieder ondoenlijk is om bij elke incasso voor Premium SMS-diensten te controleren of er voldaan is aan de regels van het Burgerlijk Wetboek, ligt het voor de hand dat die telefonieaanbieder de SMS-dienstverlener hiervoor contractueel verantwoordelijk maakt. Telefonieaanbieders dienen daartoe in hun overeenkomsten met SMS-dienstverleners op te nemen dat deze laatsten verantwoordelijk zijn voor het gedrag de SMS-contentleveranciers. De SMS-dienstverleners dienen daartoe op hun beurt in de overeenkomsten met *hun* klanten, de SMS-contentleveranciers, op te nemen dat deze de wettelijke regels moeten naleven. Wanneer een telefonieaanbieder afsluiting van de telefoon vanwege wanbetaling voor een Premium SMS-dienst overweegt, dan mag worden aangenomen dat hij zich via de SMS-dienstverlener ervan vergewist of er sprake is van incasso ten

behoefte van een 'bonafide' SMS-contentleverancier of niet. Meer precies: of er sprake zal zijn geweest van een 'geïnfomeerd besluit' door de consument die de overeenkomst tot het afnemen van de Premium SMS-dienst was aangegaan. Blijkt een consument terecht een gevraagde betaling voor een Premium SMS-dienst te betwisten, dan zijn sancties door de SMS-dienstverlener tegen de SMS-contentleverancier op zijn plaats. Dat kunnen financiële sancties zijn, maar zo nodig ook het verbreken van de contactuele relatie. Vanzelfsprekend kan ook de telefonieaanbieder van de SMS-dienstverlener eisen, de contractuele relatie met een dergelijke SMS-contentleverancier te beëindigen. Hoewel de bepalingen met betrekking tot het afsluiten van de telefoon naar hun aard niet van toepassing kunnen zijn bij *prepaid*-abonnements, omdat daar nooit sprake kan zijn van wanbetaling (kosten worden immers meteen van het beltegoed afgeschreven), zullen deze onderdelen van de Regeling wel een indirecte bescherming van de *prepaid*-consument kunnen bewerkstelligen. Als de nieuwe regels een zuiverend effect hebben binnen de sector en tot gevolg hebben dat malafide aanbieders van Premium SMS-diensten worden uitgebannen, dan profiteren ook de *prepaid*-consumenten hiervan.

Toezicht

De rol van OPTA is aan de orde wanneer een telefonieaanbieder het afsluitbeding toepast, terwijl dat volgens de Regeling niet is toegestaan. Mocht OPTA klachten van consumenten krijgen over onterechte afsluiting, dan is het aan OPTA om te beoordelen of nader onderzoek opportuun is. OPTA zou eventueel ook kunnen nagaan of er over een bepaalde aanbieder van Premium SMS-diensten meer klachten zijn. Ook zou OPTA kunnen nagaan hoe de betreffende aanbieder zich (bijvoorbeeld op het internet) presenteert. Indien de klachten voor OPTA aanleiding zijn tot nader onderzoek, dan hangt het van de concrete zaak af of OPTA het nodig vindt om advies te vragen aan de Consumentenautoriteit, die meer algemeen toezicht houdt op de naleving van de consumentenrechtbepalingen uit het Burgerlijk Wetboek die genoemd worden in het zesde lid van artikel 3.10 van de Regeling. De samenwerkingsrelatie tussen OPTA en de Consumentenautoriteit wordt geregeld in de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) en het daarop gebaseerde samenwerkingsprotocol. Als het voorkomt dat OPTA begrippen uit het Burgerlijk Wetboek moet uitleggen, vindt er afstemming met de Consumentenautoriteit plaats. Dat OPTA bij het toezicht te maken kan krijgen met bepalingen omtrent oneerlijke handelspraktijken is overigens allerm minst nieuw. Verwezen wordt in dit verband naar de artikelen 4.4, 7.3a, 7.3b en 7.3c van de Telecommunicatiewet en artikel 3.6b van het Besluit, alsmede de toelichting op dat artikel in Stb. 2008, 119. Volledigheidshalve wordt hier opgemerkt dat het *spam*-verbod uit artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet onverminderd geldt. Los van de regels voor Premium SMS-diensten kan OPTA dus handhavend optreden als artikel 11.7 wordt overtreden.

Gedragscode

Een zeer nuttige rol zou bij het bestrijden van de SMS-problematiek kunnen zijn weggelegd voor een door de sector opgestelde gedragscode. Het is dan wel nodig dat naleving van de code inderdaad betekent dat ook de wettelijke regels worden nageleefd. Bovendien moet de sector voldoende toezicht uitoefenen op naleving van de code. Het ligt het voor de hand dat een SMS-dienstverlener dan uitsluitend SMS-contentaanbieders als klanten aanvaardt die de code hebben onderschreven. En ook dat een SMS-dienstverlener de contractuele relatie met een SMS-contentleverancier beëindigt als blijkt dat deze SMS-contentaanbieder zich niet aan de code houdt. Een goed werkende gedragscode kan dus in hoge mate bijdragen aan een soepele toepassing van de regels over het al dan niet mogen afsluiten van de telefoon.

4. Consultaties

Er zijn in totaal 11 tijdige reacties binnengekomen naar aanleiding van de openbare consultatie, waarvan 4 reacties op de internetconsultatie. In deze paragraaf wordt ingegaan op de belangrijkste opmerkingen en suggesties. De overige opmerkingen zijn ook bekeken en zoveel mogelijk verwerkt in de Regeling.

Klacht

Diverse respondenten vonden de definitie van 'klacht' te ruim geformuleerd en vroegen om enige afbakening, bijvoorbeeld in de definitie een verwijzing naar Premium SMS-diensten op te nemen. Hieraan is geen gevolg gegeven, aangezien de term klacht ook elders in de regeling gebruikt wordt in een context die geen betrekking heeft Premium SMS-diensten en de definitie regelingbreed gebruikt moet kunnen worden. Bovendien is aanpassing van de definitie in de gevraagde zin niet nodig, aangezien artikel 3.10 reeds zorg draagt voor de inperking van het begrip op de gevraagde wijze. Hier wordt namelijk bepaald dat de klacht moet gaan over een bedrag dat in rekening is gebracht voor een Premium SMS-dienst. De definitie is wel aangepast in de zin dat er is gekozen om 'ieder contact' te

veranderen in 'iedere klacht of vraag'. Een respondent vond de definitie te eng, omdat er alleen gesproken wordt van klachten ten aanzien van 'bedragen' die in rekening worden gebracht. Klachten over misleiding of de inhoud van de dienst zijn echter altijd terug te voeren tot een klacht over de betaling. De definitie is op dit punt daarom niet aangepast; wel is de artikelsgewijze toelichting verduidelijkt.

Een respondent was van mening dat in de Regeling opgenomen dient te worden dat de klant actief moet meewerken aan de behandeling van de klacht. Het is dusdanig evident dat een telefonieaanbieder een klacht niet goed kan beoordelen als een klant (indien nodig) niet actief meewerkt aan de behandeling van zijn klacht, dat dit niet in de Regeling geëxpliciteerd behoeft te worden. Niet actief meewerken aan de behandeling van een klacht kan ertoe leiden dat een telefonieaanbieder een klacht uiteindelijk moet afwijzen.

Maximumbedrag beperkte Premium SMS-diensten

Verskillende respondenten vonden het oorspronkelijke maximumbedrag van € 1,00 voor beperkte Premium SMS-diensten te laag. Dit maximumbedrag is bepalend voor het van toepassing zijn van de extra eis van de ondubbelzinnige wilsverklaring over incasso via de telefoonrekening (artikel 3.10, vijfde lid, onderdeel b). Naar aanleiding van de resultaten uit de consultatie en vanwege het feit dat Premium SMS-abonnementen doorgaans beginnen bij een bedrag van € 1,50, is ervoor gekozen om dit bedrag te verhogen naar € 1,50.

Eenmalige Premium SMS-dienst

Veel respondenten hebben aangegeven dat zij de definitie van 'eenmalige Premium SMS-dienst' verwarrend vinden, omdat niet het eenmalige karakter van de dienst, maar het maximumbedrag bepalend is voor welke voorwaarden er in een gegeven geval van toepassing zijn. Naar aanleiding van deze opmerking is ervoor gekozen om de definitie te veranderen in 'beperkte' Premium SMS-dienst. Een beperkte Premium SMS-dienst is een dienst die beperkt is in kosten, waardoor de omvang van de dienst min of meer is afgebakend.

Algehele opt-out

Veel opmerkingen hadden betrekking op de verplichting om consumenten de mogelijkheid te bieden van telefoonabonnementen (zowel *prepaid* als *postpaid*) waarbij de mogelijkheid tot het ontvangen van Premium SMS-diensten geblokkeerd is of geblokkeerd kan worden. Enkele respondenten hebben aangegeven dat zij deze blokkeringsverplichting overbodig vinden, omdat er al een SMS-dienstenfilter bestaat. Het bezwaar tegen het huidige SMS-dienstenfilter is echter dat er geen controlemechanisme aanwezig is waarmee vastgesteld kan worden dat niemand anders dan de consument met wie de telefonieaanbieder een overeenkomst heeft tot levering van een openbare telefoondienst zich kan aanmelden voor het filter. De blokkeringsmogelijkheid die voorzien is in de Regeling kan echter alleen door die consument worden ingesteld. Dit betekent bijvoorbeeld dat ouders het *prepaid* of *postpaid* abonnement dat zij voor hun kinderen aanschaffen, kunnen laten blokkeren voor Premium SMS-diensten, zonder dat die kinderen dat zelf weer kunnen deblokkeren.

De meeste opmerkingen die zijn gemaakt over de verplichting tot het aanbieden algehele *opt-out* betreffen de implementatietermijn. Respondenten hebben aangegeven dat zij meer tijd nodig hebben om een dergelijke blokkering mogelijk te maken dan oorspronkelijk voorzien was in de Regeling. Aan deze wens voor een langere implementatietermijn is tegemoet gekomen door de datum waarop de *opt-out* operationeel zou moeten zijn, uit te stellen tot 1 januari 2012. Voor de periode tot 1 januari 2012 is vervolgens een tijdelijke voorziening in de Regeling opgenomen (zie nieuw artikel 3.13). Deze tijdelijke voorziening treedt in werking met ingang van 1 april 2011 en geldt tot 1 januari 2012, wanneer de definitieve *opt-out* operationeel moet zijn. De tijdelijke voorziening is als volgt vormgegeven: een telefonieaanbieder dient de consument met wie hij een overeenkomst heeft tot levering van een openbare telefoondienst een voorziening te bieden waardoor die consument kenbaar kan maken dat hij geen Premium SMS-diensten wenst af te nemen. Als zo'n consument vervolgens gebruik maakt van die voorziening en aangeeft dat hij geen Premium SMS-diensten wenst af te nemen, mag de telefonieaanbieder aan die consument geen kosten meer in rekening brengen voor Premium SMS-diensten. Het SMS-dienstenfilter zou – weliswaar met enige aanpassingen – als deze tijdelijke voorziening kunnen fungeren.

Andere respondenten gaven de voorkeur aan een *opt-in* boven de *opt-out*. Een *opt-in* houdt in dat het ontvangen en verzenden van Premium SMS-diensten nooit mogelijk is, tenzij de consument hiervoor expliciete toestemming heeft verleend. Een dergelijke *opt-in* zou een extra drempel betekenen die tegen de achtergrond van de hier geschetste maatregelen niet nodig is.

Een respondent heeft gevraagd om de *opt-out* verplichting ook te laten gelden voor bedrijven en een andere respondent heeft gevraagd om de *opt-out* ook in te kunnen laten schakelen door anderen dan de consument die de contractspartij is van de telefonieaanbieder. Deze *opt-out* verplichting beschermt nu echter juist de consument die een overeenkomst aangaat of is aangegaan met betrekking tot de

levering van een openbare telefoondienst. Het is daarbij juist de bedoeling dat alleen *deze* consument beslist over de hoogte van de telefoonrekening en dat dus alleen *deze* consument mag beslissen over de *opt-out* en niet een derde. Daarom wordt de Regeling op dit punt niet aangepast.

Geïntformeerd besluit

Een respondent voerde aan dat het vanwege de beperkte ruimte in het scherm van een mobiele telefoon niet mogelijk is om in een SMS-bericht te voldoen aan alle vereisten die het Burgerlijk Wetboek stelt aan de informatieverstrekking aan de consument. Gevraagd wordt daarom om in artikel 3.10, vijfde (nu zesde) lid, toe te voegen dat rekening moet worden gehouden met de aard van het gebruikte medium. Het is echter niet nodig om een toevoeging op te nemen, omdat artikel 7:46c reeds zelf rekening houdt met de beperkingen van de techniek die gebruikt wordt bij een koop op afstand. Een andere respondent heeft opgemerkt dat met deze wijziging van de Regeling de verantwoordelijkheid voor de juistheid en volledigheid van reclame-uitingen bij de telefonieaanbieder wordt neergelegd. Er is in de Regeling voor gekozen om in het kader van de afsluiting van de telefoon verplichtingen op te leggen aan telefonieaanbieders, omdat de Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde regelgeving geen grondslag bieden om verplichtingen op te leggen aan aanbieders van Premium SMS-diensten. De reden om aan de telefonieaanbieder dergelijke verplichtingen op te leggen, is omdat de telefonieaanbieder via zijn overeenkomsten met SMS-dienstverleners wel degelijk invloed kan uitoefenen op de reclame-uitingen van SMS-contentleveranciers. Bovendien is de telefonieaanbieder als partij die de incassodienst verricht en die daarbij als dwangmiddel zelfs de telefoon kan afsluiten, immers medeverantwoordelijk.

Ondubbelzinnige wilsverklaring

Meerdere respondenten hebben gevraagd om een nadere invulling te geven aan de ondubbelzinnige wilsverklaring bij niet-beperkte Premium SMS-diensten. Deze eis van de ondubbelzinnige wilsverklaring moet waarborgen dat de consument met wie de telefonieaanbieder een overeenkomst heeft tot levering van de openbare telefoondienst (en dus niemand anders) beslist over de hoogte van de telefoonrekening en dus over het wel of niet afnemen van een niet-beperkte Premium SMS-dienst. Een specifieke niet-beperkte Premium SMS-dienst kan alleen worden afgerekend via de telefoonrekening, wanneer die consument ondubbelzinnig heeft aangegeven daarmee in te stemmen. Deze consument moet er daarbij op attent gemaakt worden dat wanneer hij kiest voor het afrekenen van Premium SMS-diensten via de telefoonrekening, wanbetaling tot gevolg kan hebben dat de telefoon kan worden afgesloten. Het gaat er dus om dat de consument die de overeenkomst tot levering van openbare telefonie is aangegaan de controle houdt over de afname van duurdere Premium SMS-diensten. Op deze manier is het bijvoorbeeld mogelijk om als ouder controle te houden over de afname van Premium SMS-diensten door kinderen. Aan de hand van een *'parentcode'* (een pincode die in het bezit is van de abonnee) zou bijvoorbeeld geverifieerd kunnen worden of de betreffende wilsverklaring inderdaad afkomstig is van de consument die de overeenkomst tot levering van de openbare telefoondienst is aangegaan. Gezien de ontwikkeling van nieuwe technieken en de aanwezige expertise wordt de branche zelf het beste in staat geacht om met een goede oplossing te komen. Enkele respondenten hebben gevraagd bij het afnemen van *alle* Premium SMS-diensten een ondubbelzinnige wilsverklaring te verlangen, dus ook bij de beperkte SMS-diensten. Hierboven is reeds uiteengezet dat er met het oog op de balans tussen laagdrempeligheid en de blijvende beschikbaarheid van de openbare telefoondienst voor is gekozen om een onderscheid aan te brengen tussen beperkte en niet-beperkte Premium SMS-diensten en dat de ondubbelzinnige wilsverklaring in het geval van beperkte Premium SMS-diensten een te hoge drempel op zou kunnen werpen.

Klachttermijnen

Er zijn door diverse respondenten opmerkingen gemaakt over de klachttermijn van voormalig artikel 3.4b, tweede lid (huidig artikel 3.10, tweede lid). Deze bedroeg een maand. Een aantal partijen vond de termijn te lang, terwijl andere partijen juist vonden dat de termijn te kort was. Er is uiteindelijk voor gekozen om de termijn te verruimen van één naar twee maanden om tegemoet te komen aan de bezwaren die voortkwamen uit de consultatie.

Een aantal respondenten vond het niet duidelijk vanaf welk moment de klachttermijn begint te lopen. Dit is verduidelijkt door de factuurdatum als aanvang van de termijn te hanteren. Dit is een helder criterium waardoor het voor iedereen duidelijk is wanneer de termijn aanvangt.

Door diverse respondenten is gevraagd wat de gevolgen voor de consument zijn als hij niet tijdig een klacht indient. In de toelichting is verduidelijkt dat de klachttermijn een fatale termijn betreft en dat het niet tijdig indienen van de klacht tot gevolg heeft dat de telefonieaanbieder in beginsel telefoon kan afsluiten.

Een respondent mist een termijn voor het afwickelen van de klacht door de telefonieaanbieder. Hiervoor is niet gekozen, omdat het in het belang van de telefonieaanbieder zelf is om de termijn voor het afhandelen van de klacht zo kort mogelijk te laten.

090x

Een andere respondent vroeg waarom op Premium SMS-diensten niet de systematiek wordt toegepast als bij 090x-nummers. In paragraaf 1 van de toelichting wordt ingegaan op de redenen waarom hiervoor niet is gekozen.

Afsluiten shortcodes

Een respondent betreurt het dat er in de Regeling niet voor is gekozen om telefonieaanbieders het recht te geven om SMS-shortcodes af te sluiten. De Telecommunicatiewet biedt hier echter geen mogelijkheid tot afsluiting, omdat aanbieders van Premium SMS-diensten geen nummergebruiker zijn in de zin van de wet. Het staat de telefonieaanbieders uiteraard wel vrij zelf te besluiten om shortcodes af te sluiten van aanbieders van Premium SMS-diensten die zich niet aan de regels houden.

Schriftelijk en/of elektronisch

Een van de respondenten gaf aan dat hij de mogelijkheid zou willen hebben om de consumenten met wie hij een overeenkomst is aangegaan tot levering van de openbare telefoondienst niet alleen schriftelijk, maar ook langs elektronische weg te informeren over de mogelijkheid om Premium SMS-diensten te blokkeren en over de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de geschillencommissie. Hieraan is tegemoetgekomen door in artikel 3.10, zevende lid, onder b,, en 3.11, eerste lid, op te nemen dat de telefonieaanbieder consumenten niet alleen schriftelijk, maar ook door middel van een andere aan de consument ter beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager op de hoogte mag stellen van de blokkeringsmogelijkheid en de geschillencommissieprocedure.

5. Uitvoeringstoetsen

Bij brief van 28 september 2010, OPTA/ACNB/2010/202602 heeft OPTA de wijziging van de Regeling getoetst op uitvoerbaarheid. De Consumentenautoriteit heeft de Regeling getoetst op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (brief van 30 september 2010). De Consumentenautoriteit vindt het een goede zaak dat de problematiek van de betaalde SMS-diensten wordt aangepakt ter versterking van de positie van de consument.

De Consumentenautoriteit noemde de algemene *opt-out* die aan consumenten moet worden geboden een positieve maatregel. Zowel OPTA als de Consumentenautoriteit vonden echter dat de overige voorgestelde maatregelen geen oplossing bieden voor *prepaids* en vroegen om in de toelichting expliciet aandacht te besteden aan dit verschil in beschermingsniveau tussen *prepaid* en *postpaid*. In paragraaf 2 van de toelichting is nu op verschillende plaatsen aangegeven hoe *prepaid*-consumenten worden beschermd, en waarom mag worden aangenomen dat de geboden bescherming toereikend is. Verder deed OPTA de suggestie voor een algeheel verbod voor aanbieders van de openbare telefoondiensten om bij *prepaid*-consumenten te incasseren voor aanbieders van Premium SMS-diensten. Een dergelijk algeheel verbod voor de telefonieaanbieder om bij *prepaid*-consumenten incasso te verrichten voor aanbieders van Premium SMS-diensten zou disproportioneel zijn. Bovendien ontbreekt in de Telecommunicatiewet een grondslag voor een dergelijk algeheel verbod. Door OPTA is er verder op gewezen dat OPTA geen individuele klachten behandelt. In de toelichting is dit verder verduidelijkt.

In de uitvoeringstoets wees OPTA op de verwevenheid met de voorgestelde regels en het spamverbod van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet. Hierover kan worden opgemerkt dat in het geval van een ongevraagd bericht er geen sprake is van een geïnformeerd besluit in de zin van de Regeling en dat de openbare telefoondienst dus niet kan worden opgeschort of beëindigd.

OPTA was verder van mening dat een klacht niet alleen betrekking behoeft te hebben op de laatste factuur en stelt voor de Regeling op dat punt te verruimen, zodat een klacht ook over eerdere rekeningen mag gaan. Deze suggestie is niet overgenomen, omdat de klacht anders te onbepaald zou worden. Het is ook de eigen verantwoordelijkheid van de klant om de rekeningen goed in de gaten te houden.

Met betrekking tot de verplichting tot het bieden van een blokkeringsmogelijkheid voor Premium SMS-diensten aan consumenten, stelde OPTA voor om de definitie van 'consument' te vervangen door 'abonnee', zodat ook rechtspersonen van deze mogelijkheid gebruik kunnen maken. Deze suggestie is niet overgenomen. De Regeling is niet bedoeld om zakelijke gebruikers te beschermen. Zakelijke gebruikers sluiten met telefonieaanbieders geheel andere overeenkomsten dan consumenten.

OPTA stelde verder de vraag op welke wijze consumenten die nu reeds een overeenkomst hebben voor de levering van een openbare telefoondienst op het afsluitbeding (voormalig artikel 3.4b, zesde lid, onderdeel a, thans artikel 3.10, zevende lid, onderdeel a) worden gewezen. Het antwoord hierop luidt dat een dergelijk beding als algemene voorwaarde in de overeenkomst moet worden opgenomen. Dit zal in de praktijk betekenen dat de bestaande algemene voorwaarden van de aanbieders

gewijzigd moeten worden. Over een voorgenomen wijziging van een beding dat in de overeenkomst is opgenomen moet de abonnee op grond van artikel 7.2, eerste lid, onderdeel b, van de Telecommunicatiewet op genoegzame wijze op de hoogte worden gesteld. Het artikel is ook van toepassing op lopende overeenkomsten. Dit is in de artikelsgewijze toelichting verduidelijkt.

OPTA stelde voor om het in de toelichting niet te hebben over een aanbieder van een mobiele telefoondienst, maar over de aanbieder van een openbare telefoondienst, omdat het niet ondenkbaar is dat abonnees van vaste telefonie ook Premium SMS-diensten kunnen afnemen. Deze suggestie is overgenomen en de toelichting is hierop aangepast.

De Consumentenautoriteit deed verder de suggestie om in de Regeling op te nemen dat de consument voorafgaand aan het afnemen van een Premium SMS-dienst een SMS-bericht krijgt met het expliciete bericht dat hij op het punt staat een overeenkomst voor het afnemen van betaalde SMS-dienst aan te gaan, mate daarbij de vermelding van het tarief en de periode. Deze suggestie wordt niet in de Regeling overgenomen. Wel wordt in de toelichting (paragraaf 2.4) aangegeven dat deze suggestie mede bij kan dragen aan een geïnformeerd besluit van een consument en het een goede zaak zou zijn als de sector dit gaat regelen.

Verder vond de Consumentenautoriteit paragraaf 2.5 van de toelichting op een paar punten onduidelijk. Naar aanleiding van deze opmerking is de toelichting verder verduidelijkt.

6. Administratieve lasten

De toegevoegde artikelen bevatten geen informatieverplichtingen aan de overheid. Deze wijziging heeft daarom geen directe gevolgen voor de administratieve lasten van het bedrijfsleven of van burgers. Er kunnen mogelijk wel administratieve lasten ontstaan in verband met toezicht en handhaving. OPTA ziet toe op de naleving van de Regeling en zal indien nodig onderzoek doen of de regels daadwerkelijk worden nageleefd.

Met de introductie van de gewijzigde Regeling kan OPTA bedrijven bezoeken, hen informatie geven over de correcte naleving van de regelgeving en nagaan welke maatregelen bedrijven al hebben getroffen om de naleving zo goed mogelijk te borgen. Deze bezoeken van OPTA veroorzaken eenmalig administratieve lasten voor de betrokken bedrijven. Een raming van deze eenmalige lasten is hieronder gegeven.

Als OPTA een bedrijf bezoekt dan is aangenomen dat een bedrijf hier maximaal 8 uur aan zal besteden tegen een uurtarief van € 49. Dat betekent dat een bezoek door OPTA een bedrijf € 392 kost. De in aanmerking komende bedrijven betreffen circa 5 telefonieaanbieders en 55 Mobile Virtual Network Operators (MVNO's) die gebruik maken van het netwerk van één van die telefonieaanbieders, waarbij ongeveer 50% gebruik maakt van eigen administratieve systemen. OPTA zou dus in totaal 30 bedrijven kunnen bezoeken. De daadwerkelijke administratieve lasten zijn afhankelijk van het aantal bezoeken dat OPTA aflegt. Stel dat zij de helft van de bedrijven bezoekt dan betekent dit dat de totale eenmalige administratieve lasten uitkomen op € 5.880.

Als bedrijven de bepalingen naleven, ontstaan er geen klachten en zal OPTA geen reden zien om bedrijven te bezoeken. De administratieve lasten vanuit de handhaving zijn dan nihil. Vanuit de gewijzigde Regeling worden vooralsnog geen structurele administratieve lasten voor bedrijven voorzien.

II. Artikelen

Artikel I, onderdeel A (Artikel 1.1, definities)

In artikel 1.1 worden vier definities toegevoegd. Allereerst die van 'Premium SMS-dienst'. Dit is voor de toepassing van deze regeling een inhoudsdienst, die via SMS geleverd wordt aan de afnemer daarvan en waarvoor een telefonieaanbieder de kosten incasseert. Om een Premium SMS-dienst te kunnen afnemen, moet men de beschikking hebben over een telefoon. Een Premium SMS-dienst wordt geleverd door een SMS-contentleverancier. SMS-contentleveranciers laten betaling voor de door hen geleverde Premium SMS-diensten in het gros van de gevallen over aan de telefonieaanbieder. Die telefonieaanbieder brengt de kosten voor de afgenomen Premium SMS-dienst in rekening bij degene met wie hij een overeenkomst heeft tot levering van zijn telefoondienst (zijn abonnee). De gebruiker van de telefoon die de Premium SMS-dienst heeft afgenomen, behoeft daardoor dus niet dezelfde persoon te zijn als degene aan wie de betaling voor het afnemen van die Premium SMS-dienst in rekening wordt gebracht. In de praktijk incasseert de telefonieaanbieder overigens niet direct voor de SMS-contentaanbieder, aangezien er tussen hen geen contractuele relatie bestaat. SMS-contentaanbieders sluiten in de praktijk namelijk overeenkomsten met zogenaamde 'SMS-dienstverleners', ook wel *brokers* genoemd. Dit zijn aanbieders van diensten die bestaan uit de levering dan wel de doorgeleiding van een SMS-contentdienst aan de telefonieaanbieder, die de Premium SMS-dienst vervolgens kan doorgeleiden aan de gebruiker van de telefoon.

Voortbordurend op de definitie van Premium SMS-dienst is een definitie voor 'beperkte Premium SMS-dienst' opgenomen. Er is hiermee een criterium geïntroduceerd aan de hand waarvan er

onderscheid gemaakt kan worden tussen kleinschalige en meer uitgebreide Premium SMS-diensten. Dit onderscheid vloeit voort uit de gedachte dat consumenten in het geval van meer uitgebreide SMS-diensten betere waarborgen moeten worden geboden tegen het opschorten of beëindigen van de openbare telefoondienst.

In de definitie van 'beperkte Premium SMS-dienst' is rekening gehouden met het feit dat de hoeveelheid berichten die verstuurd en/of ontvangen wordt als onderdeel van een Premium SMS-dienst op zichzelf niet bepalend hoeft te zijn voor de omvang van de dienst. Als er naar aanleiding van een verzoek om levering van een Premium SMS-dienst soms meerdere berichten toegestuurd worden, hoeft dit bijvoorbeeld niet direct te betekenen dat er geen sprake kan zijn van een relatief kleinschalige dienst. Er kan namelijk sprake zijn van 'stapelings' van berichten, bijvoorbeeld omdat het maximaal aantal tekens dat in één bericht kan worden verstuurd beperkt is. Om die reden bevat de definitie voor 'beperkte Premium SMS-dienst' een prijs criterium: wanneer er voor het totaal aantal verzonden en ontvangen berichten € 1,50 of minder in rekening gebracht wordt, is er sprake van een beperkte Premium SMS-dienst, ook al staat van te voren niet vast uit hoeveel berichten die dienst bestaat. Het vaststellen van een prijs criterium is in zekere mate arbitrair. Gekeken is echter welke prijzen in de praktijk in rekening worden gebracht. Gelet hierop lijkt een 'grensbedrag' van € 1,50 te rechtvaardigen. Het is wellicht goed om nogmaals te benadrukken dat dit geen maximumprijs voor Premium SMS-diensten betreft. Die is er namelijk niet. Het prijs criterium is alleen van belang voor de vraag onder welke voorwaarden de openbare telefoondienst mag worden opgeschort of beëindigd bij niet-betaling van een Premium SMS-dienst die op de telefoonrekening in rekening is gebracht: boven het bedrag van € 1,50 mag dit alleen als de telefonieaanbieder kan aantonen dat de consument met wie hij een overeenkomst tot levering van zijn openbare telefoondienst is aangegaan, op ondubbelzinnige wijze heeft verklaard dat deze Premium SMS-dienst door de telefonieaanbieder mag worden afgerekend. Onder het bedrag van € 1,50 behoeft de telefonieaanbieder dit niet aan te tonen. Ook wordt een definitie van 'klacht' toegevoegd. Een 'klacht' is elke klacht of vraag die de abonnee voorlegt aan de telefonieaanbieder omtrent de bedragen die deze aanbieder in rekening brengt. Dit kunnen bijvoorbeeld klachten zijn over misleiding. Er is gekozen voor deze ruime definitie om te waarborgen dat de levering van de openbare telefoondienst aan een abonnee die twijfels uit omtrent de hoogte van de kosten die aan hem in rekening gebracht worden, niet kan worden opgeschort of beëindigd omdat hij niet het juiste taalgebruik zou hebben gebezigd. Voorts is de term abonnee gebruikt en niet de term consument, aangezien de term 'klacht' door de gehele Regeling voorkomt en ook betrekking kan hebben op klachten van andere abonnees dan consumentabonnees. Op deze manier kan in de artikelen van de Regeling zelf zo nodig een beperking worden aangebracht, zodat bepaalde gevolgen alleen optreden bij bepaalde klachten (bijvoorbeeld 'bedragen die in rekening zijn gebracht voor Premium SMS-diensten').

Ten slotte wordt er een definitie geïntroduceerd voor 'Premium SMS-bericht'. Een Premium SMS-bericht onderscheidt zich van een 'gewoon' SMS-bericht, doordat de inhoud van het Premium SMS-bericht geen onderdeel uitmaakt van het telefoonabonnement. De prijs van zo'n bericht wordt dan ook niet vastgesteld door de telefonieaanbieder, maar door de SMS-contentleverancier.

Artikel I, onderdeel B (Artikel 3.1)

Dit artikel herstelt een verkeerde verwijzing.

Artikel I, onderdeel C (artikelen 3.9 tot en met 3.12)

Artikel 3.9 regelt dat een telefonieaanbieder consumenten te allen tijde de mogelijkheid moet bieden van een abonnement op een openbare telefoondienst waarbij de mogelijkheid tot het afnemen van Premium SMS-diensten is geblokkeerd of geblokkeerd kan worden. De term 'abonnementen' omvat zowel vooraf als achteraf betaalde telefonieabonnementen (met andere woorden: zowel *prepaid* als *postpaid*). Een consument moet zowel in staat zijn om een telefonieabonnement te kiezen waarbij het in het geheel niet mogelijk is om Premium SMS-diensten af te nemen als om in de toekomst verdere afname van Premium SMS-diensten te blokkeren. Door deze blokkeringsmogelijkheid kunnen consumenten zelf de gewenste controle uitvoeren op de hoogte van de telefoonrekening. Dit instrument kan vooral uitkomst bieden voor ouders die telefoonabonnementen aangaan terwijl hun kinderen gebruik maken van de telefoon.

Artikel 3.10 is onderverdeeld in zeven artikelleden. Vijf daarvan, te weten de leden 1, 2, 3, 6 en 7, gelden voor alle gevallen waarin een telefonieaanbieder de levering van zijn openbare telefoondienst wil opschorten of beëindigen op grond van het feit dat een consument een door die aanbieder aan hem in rekening gebracht bedrag voor een Premium SMS-dienst niet betaalt. Het vierde lid stelt een voorwaarde die geldt voor beperkte Premium SMS-diensten en het vijfde lid regelt twee aanvullende voorwaarden voor niet-beperkte Premium SMS-diensten.

Het eerste lid regelt dat opschorting of beëindiging alleen toegestaan is, indien de consument *geen* klacht heeft ingediend bij de telefonieaanbieder over bepaalde kosten die deze aanbieder aan hem in rekening brengt voor Premium SMS-diensten.

Lid twee regelt wat er dient te gebeuren ingeval die consument wel een klacht bij de telefonieaanbieder indient omtrent de kosten die die telefonieaanbieder aan hem in rekening brengt voor Premium SMS-diensten. In zo'n geval zal de telefonieaanbieder deze klacht moeten onderzoeken. De termijn voor het indienen van een klacht over een in rekening gebracht bedrag voor Premium SMS-diensten bedraagt twee maanden vanaf de datum van de factuur waarop dat bedrag door de telefonieaanbieder in rekening is gebracht. De termijn van twee maanden is een fatale termijn: indien de consument niet binnen deze termijn een klacht indient, kan de telefonieaanbieder in beginsel de levering van de openbare telefoondienst opschorten of beëindigen als de consument de in rekening gebrachte kosten voor Premium SMS-diensten niet betaalt.

Wordt er tijdig een klacht ingediend, dan mag de telefonieaanbieder de levering van de openbare telefoondienst aan die consument op grond van het derde lid alleen opschorten of beëindigen als de telefonieaanbieder op grond van het vereiste onderzoek de klacht afwijst en die consument de verschuldigde bedragen vervolgens alsnog niet betaalt.

Wat het onderzoek naar zo'n klacht inhoudt, wordt geregeld in de leden vier tot en met zes. In zowel lid vier als lid vijf (dus zowel voor beperkte als niet-beperkte Premium SMS-diensten) wordt, in samenhang met het zesde lid, bepaald dat moet worden onderzocht of er is voldaan aan bepaalde regels uit het Burgerlijk Wetboek. Het gaat dan om de regels ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken (afdeling 3a van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek), om de bepalingen omtrent verkoop op afstand (Afdeling 9A van Titel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek) en om de bepalingen omtrent diensten van de informatiemaatschappij (de artikelen 15d en 15e van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en 227b en 227c van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek). Is er geen sprake van een geïnformeerd besluit van de consument die de Premium SMS-dienst heeft afgenomen, dan mag de telefonieaanbieder de openbare telefoondienst niet opschorten of beëindigen als de consument aan wie de telefonieaanbieder de Premium SMS-dienst in rekening gebracht heeft (de abonnee), daarvoor niet betaalt. Het vijfde lid regelt daarnaast nog een aanvullende voorwaarde waaraan de telefonieaanbieder moet voldoen indien een klacht geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op een in rekening gebracht bedrag voor een niet-beperkte Premium SMS-dienst. Wanneer de klacht (deels) betrekking heeft op een bedrag dat in rekening is gebracht voor een niet-beperkte Premium SMS-dienst, moet de telefonieaanbieder ook kunnen aantonen dat de consument aan wie hij dat bedrag in rekening heeft gebracht (zijn abonnee) op ondubbelzinnige wijze had verklaard dat hij de kosten voor die specifieke Premium SMS-dienst zou betalen aan de telefonieaanbieder. Kan die telefonieaanbieder dit aantonen, dan kan hij de klacht afwijzen en zijn openbare telefoondienst opschorten of beëindigen als de consument het in rekening gebrachte bericht vervolgens niet betaalt. Het is, zoals eerder reeds aangegeven, aan de sector hoe aan deze ondubbelzinnige wilsverklaring een nadere invulling moet worden gegeven. Een aparte autorisatiecode ('parentcode') die wordt verstrekt bij het aangaan van de overeenkomst tot levering van de openbare telefoondienst en die elke keer moet worden gebruikt bij het afnemen van niet-beperkte Premium SMS-diensten, zou een mogelijke oplossing kunnen zijn. Een consument met een telefoonabonnement die zonder de autorisatiecode door te geven zijn telefoon door een ander laat gebruiken, weet zeker dat die gebruiker dan geen niet-beperkte Premium SMS-dienst kan afnemen.

Wanneer de telefonieaanbieder kan aantonen dat klacht niet gegrond is (er dus sprake is van een geïnformeerd besluit en – zo nodig – van een ondubbelzinnige wilsverklaring omtrent de betaling), dan mag die aanbieder zijn openbare telefoondienst bij niet-betaling van de in rekening gebrachte bedragen voor Premium SMS-diensten overigens alleen opschorten of beëindigen, indien hij verder aan de voorwaarden genoemd in het zevende lid heeft voldaan. Allereerst dient in de overeenkomst tot de levering van de openbare telefoondienst een beding te zijn opgenomen dat de telefonieaanbieder bedragen in rekening kan brengen voor Premium SMS-diensten. In dat beding dient ook te worden aangegeven dat de telefonieaanbieder de levering van zijn openbare telefoondienst kan opschorten of beëindigen als de consument met wie hij een overeenkomst tot levering van zijn telefoondienst is aangegaan één of meer van de bedragen die in rekening zijn gebracht voor Premium SMS-diensten niet betaalt. Door een dergelijk beding wordt uitdrukkelijk kenbaar gemaakt welke functie de telefonieaanbieder vervult ten aanzien van de levering van Premium SMS-diensten. Daarnaast moet de telefonieaanbieder een consument voor of bij het sluiten van de overeenkomst tot levering van de openbare telefoondienst schriftelijk of door een andere aan de consument ter beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager gewezen hebben op de mogelijkheid om het afnemen van Premium SMS-diensten te allen tijde kosteloos te blokkeren. Onder duurzame gegevensdrager wordt in deze regeling niet verstaan een SMS-bericht waarin deze informatie wordt gegeven. Een e-mail voldoet wel voor het geven van bedoelde informatie, aangezien een e-mailbericht kan worden opgeslagen op de harde schijf van een computer. De genoemde informatieverplichting is het verlengstuk van de verplichting van de telefonieaanbieder om consumenten de mogelijkheid te bieden Premium SMS-diensten te laten blokkeren (zie artikel 3.9 van de Regeling). Verder moet de telefonieaanbieder in de gevallen dat hij de klacht van de consument afgewezen heeft, die consument op dat moment schriftelijk of door een andere aan de abonnee ter beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager informeren dat de consument het recht heeft om een geschil hierover aanhangig te maken bij de geschillencommissie. De telefonieaanbieder kan de openbare telefoondienst vervolgens pas opschorten of beëindigen als er

een maand verstreken is sinds die mededeling en de consument het geschil niet aanhangig gemaakt heeft bij de geschillencommissie en de in rekening gebrachte kosten voor de Premium SMS-dienst niet betaald heeft.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat het zevende lid zowel van toepassing is op 'nieuwe' als op ten tijde van de inwerkingtreding van deze Regeling bestaande overeenkomsten. Wanneer de nieuwe regel tot gevolg heeft dat de algemene voorwaarden van de telefonieaanbieders moeten worden aangepast, rust op die telefonieaanbieders de verplichting om die aanpassing 'op genoegzame wijze kenbaar te maken' aan consumenten die met hen een overeenkomst hebben tot levering van de openbare telefoondienst (zie artikel 7.2, eerste lid, onderdeel b, van de Telecommunicatiewet).

Artikel 3.11 van de Regeling regelt dat een consument wiens klacht over de aan hem in rekening gebrachte bedragen voor een of meer Premium SMS-diensten afgewezen is, binnen een maand na die afwijzing een geschil hierover aanhangig kan maken bij de geschillencommissie. Zodra die consument dit binnen de gestelde termijn doet, dan kan de telefonieaanbieder zijn openbare telefoondienst alleen dan opschorten of beëindigen op grond van het feit dat de consument het betwiste bedrag niet betaalt, indien en wanneer de geschillencommissie daartoe beslist.

Artikel 3.12 bewerkstelligt dat de regels omtrent Premium SMS-diensten van overeenkomstige toepassing zijn op Premium SMS-berichten die geen deel uitmaken van een Premium SMS-dienst. Dit is het geval wanneer het verzenden van een Premium SMS-bericht niet strekt tot het afnemen van een bepaalde inhoudsdienst, maar een (min of meer) eenzijdige handeling betreft. Hierbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan het per SMS doneren van bedragen aan goede doelen, wanneer de donaties door middel van de telefoonrekening worden geïncasseerd. Een ander veel voorkomend voorbeeld is stemmen via SMS op de deelnemers aan een op de televisie uitgezonden talentenjacht. Net als bij Premium SMS-diensten, moet bij Premium SMS-berichten onderscheid gemaakt worden tussen berichten die ten hoogste € 1,50 kosten en berichten die meer kosten dan dat.

Artikel 3.13 bevat tot slot een tijdelijke voorziening, die consumenten moet beschermen tegen het ongewenst afnemen van Premium SMS-diensten, zolang artikel 3.9 (omtrent de mogelijkheid om Premium SMS-berichten te allen tijde op verzoek te laten blokkeren) nog niet in werking is getreden. Artikel 3.13 verplicht de telefonieaanbieder om consumenten die met hem een overeenkomst zijn aangegaan tot levering van een openbare telefoondienst een gelegenheid te bieden waar zij kunnen aangeven dat zij geen Premium SMS-diensten wensen af te nemen. Wanneer die consumenten gebruik maken van die mogelijkheid, mag de telefonieaanbieder van hen geen betaling vorderen van bedragen met betrekking tot Premium SMS-diensten. Het bestaande SMS-dienstenfilter vervult momenteel een functie die enigszins vergelijkbaar is hetgeen in artikel 3.13 wordt voorgestaan. Met behulp van het SMS-dienstenfilter kunnen consumenten namelijk aangeven dat zij geen gebruik wensen te maken van Premium SMS-abonnementen. Om op grond van artikel 3.13 als tijdelijk alternatief te kunnen dienen voor de blokkeringsmogelijkheid bedoeld in artikel 3.9, moet het bestaande SMS-dienstenfilter op een aantal punten worden verbeterd. Het huidige filter geldt namelijk alleen voor Premium SMS-abonnementendiensten en niet voor bijvoorbeeld 'eenmalige' Premium SMS-diensten. De werking van het filter zou verder moeten worden uitgebreid tot alle mogelijke varianten van Premium SMS-diensten.

Artikel II

De Regeling treedt in werking met ingang van 1 april 2011, met uitzondering artikel 3.9. De inwerkingtreding van artikel 3.9 wordt uitgesteld tot 1 januari 2012 in verband met de benodigde termijn voor technische implementatie van de met dit artikel voorziene blokkeringsmogelijkheid.

Artikel III

Dit artikel bepaalt dat artikel 3:13 komt te vervallen op het moment dat artikel 3.9 in werking treedt. Artikel 3:13 betreft namelijk een tijdelijk alternatief voor artikel 3.9, dat vanwege de technische implicatie van de voorgestelde verplichting pas op 1 januari 2012 in werking kan treden.

*De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,
M.J.M. Verhagen*