

## COMMISSIE HANDHAVING MOBIELE DIENSTEN

Beslissing van 7 juli 2016,

inzake:

het handhavingsverzoek van 3 mei 2016 van het Loket van de Stichting Gedragscodes Mobiele Diensten, zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Gedragscode voor SMS-dienstverlening (hierna: de Code), versie 1 april 2014, om te oordelen over gedragingen van Globway B.V. (hierna: het verzoek).

Partijen worden hierna verkort aangeduid als ‘het Loket’ en ‘Globway’.

### 1. De procedure.

- 1.1 In zijn e-mailbericht van 2 maart 2016 aan Globway – verzonden aan de heer A. de Lange (CCO van Globway en Telefuture Nederland B.V., hierna: De Lange) en de heer L. Dijkman (Sales Director van Telefuture Nederland B.V., hierna: Dijkman) heeft het Loket het volgende geschreven:

*‘Ik heb de logs en klachten bij de operators geanalyseerd en ga waarschijnlijk de diensten van Mistral en Greenwhale aan de commissie handhaving voorleggen.*

*Kunnen jullie aangeven wanneer de volgende uitbetaling aan deze partijen wordt gedaan?’*

Globway en Telefuture Nederland B.V. (hierna Telefuture) zijn beide 100% dochter van Telefuture International B.V. en voeren hun bedrijf op het zelfde adres.

- 1.2 Op 8 maart 2016 schreef het Loket in een e-mail aan Dijkman:

*‘Ik wil de uitbetalingen aan Mistral, Greenwhale en Medmar opschorten zodra ik de commissie handhaving zaak rond heb.*

*Kan jij aangeven hoeveel geld er per partij nog niet door jullie is uitbetaald en wanneer deze zal worden uitbetaald?’*

- 1.3 Op 24 maart 2016 heeft het Loket een verzoek tot handhaving ingediend tegen partijen Medmar International Group Ltd., Mistral International Ltd. en Green Whale Holding Ltd. (hierna: Medmar c.s. gezamenlijk of Medmar, Mistral of Greenwhale voor elke partij afzonderlijk). Medmar c.s. is Content Provider in de zin van de Code. Globway is voor haar de SMS-dienstverlener (Gateway).

- 1.4 Op dezelfde dag (24 maart 2016) schreef het Loket in een e-mail aan Dijkman (met Bcc aan De Lange) onder meer het volgende:

*‘Ik heb zojuist een drietal verzoeken tot handhaving aan de commissie handhaving gezonden inzake de volgende partijen:*

*[Medmar c.s.]*

*Ik verzoek je conform artikel 16a per direct de uit te betalen gelden aan deze entiteiten op te schorten. Kan je mij een overzicht sturen met het bedrag dat per partij is opgeschort en de bijbehorende bedragen die aan eindgebruikers zijn doorbelast?'*

- 1.5 Op 5 april 2016 schreef het Loket per e-mail aan Dijkman onder meer het volgende:

*'Om de juiste data te krijgen heb ik nog een log nodig van 4239.*

*Kan je hiervoor een lijst opleveren met alle nummers die in de periode 1 december 2015 t/m 11 februari 2016 een of meerdere premium berichten hebben gekregen via shortcode 4239:*

*msisdn - aanmeldbevestiging - totaal gebilled inc btw - bedrag reeds gerefund - timestamp start abonnement - timestamp stop abonnement - mobiel netwerk - Content provider.'*

- 1.6 Op 13 april 2016 heeft het Loket, onder verwijzing naar het hierboven aangehaalde bericht van 5 april 2016, per e-mail aan Dijkman een formeel verzoek tot aanpassing van de dienstverlening toegezonden met daarin het verzoek de gevraagde gegevens zo spoedig mogelijk aan te leveren.
- 1.7 Op dezelfde dag (13 april 2016) heeft Dijkman per e-mail aan het Loket bericht niet aan dit verzoek te zullen voldoen, onder meer met een beroep op de Wet bescherming persoonsgegevens en onder verwijzing naar de Operators en de contractuele verplichting om met hen wel bepaalde informatie te delen.
- 1.8 Op 21 april 2016 heeft het Loket per e-mail een formeel verzoek tot aanpassing van de dienstverlening aan Dijkman verzonden (met c.c. aan De Lange) met het verzoek om de eerder gevraagde loggegevens aan te leveren, onder afwijzing van het beroep op de privacywetgeving. Tevens heeft het Loket gesommeerd tot verstrekking van de juiste en volledige UBO-gegevens (Ultimate Beneficial Owner) inzake Medmar c.s.
- 1.9 Met een e-mail van 26 april 2016 heeft Dijkman aan het Loket (met c.c. aan De Lange) geschreven de betreffende gegevens op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens niet te mogen gebruiken voor andere doelen dan waarvoor ze zijn verzameld. Ten aanzien van de UBO's schreef hij dat men ('wij') niet de beschikking heeft over andere informatie dan de door Medmar c.s. verstrekte informatie.
- 1.10 Op 3 mei 2016 heeft het Loket het onderhavige handhavingsverzoek ingediend.
- 1.11 De Commissie heeft op 17 mei 2016 uitspraak gedaan in de handhavingsverzoeken tegen Medmar c.s. Zij heeft daarbij geoordeeld dat Medmar c.s. zich heeft gedragen in strijd met de Code, haar (elke partij afzonderlijk) een boete opgelegd (van € 100.000,--) en hen, alsmede hun geregistreerde UBO's (de heren Van Buuren voor Medmar en Mistral en Van Dijk voor Greenwhale), verboden gedurende een jaar betaalde SMS- en internetdiensten aan te bieden. Daarnaast is bepaald dat alle Eindgebruikers schadeloos gesteld dienen te worden door middel van het terugbetalen van de abonnementsgelden.

- 1.12 Globway heeft met een verweerschrift van 24 mei 2016 verweer gevoerd.
- 1.13 De mondelinge behandeling heeft plaats gevonden ter zitting van de Commissie van 1 juni 2016, gehouden te Utrecht. Aldaar zijn verschenen voor het Loket, de heer F.T. van Rotterdam en mevrouw mr. A.L.T. van Vugth (gemachtigde) en voor Globway de heren Dijkman en I. Kap (bestuurder van Telefuture International B.V., hierna: Kap), bijgestaan door de gemachtigde van Globway, mr. M.W. Renzen. Ter zitting hebben partijen hun standpunten toegelicht.

## **2. Het verzoek en de gronden.**

- 2.1 Het Loket verzoekt de Commissie in het handhavingsverzoek om op zo kort mogelijke termijn over te gaan tot handhaving ter zake de twee overtredingen die het Loket beschrijft onder 6.1 en 6.2 van het verzoekschrift; het niet opleveren van log-gegevens respectievelijk het niet controleren van basis registratiegegevens. In het verzoekschrift en bij pleidooi stelt zij bovendien aan de orde dat Globway de inning van sancties bij Medmar c.s. heeft gefrustreerd. Als reden voor het verzoek schrijft het Loket (nr. 7): *‘De rol van de SMS-dienstverlener is belangrijk voor de handhaving van de Gedragscode door het Loket. Niet alleen het aanleveren van log-gegevens alsook het opschorten van betalingen en het borgen van de basisregistratie zijn cruciaal in het voorkomen en oplossen van fraudezaken.’*
- 2.2 Ter ondersteuning van zijn stellingen voert het Loket onder meer aan – zakelijk weergegeven – dat het Loket de nadere loggegevens nodig heeft voor zijn handhavende taakuitvoering (dit ter aanvulling van eerder reeds van Globway ontvangen gegevens in het kader van de handhavingsverzoeken tegen Medmar c.s.), dat het beroep op de Wet bescherming persoonsgegevens niet opgaat en dat er onderlinge verwevenheid bestaat tussen Globway en Medmar c.s. via het moederbedrijf van Globway (Telefuture International B.V.) zodat Globway (althans binnen het geheel van bedrijven waar zij onderdeel van uitmaakt) er belang bij heeft om de handhaving te frustreren.
- 2.3 Ter zitting heeft het Loket nader betoogd dat de door de Commissie opgelegde sancties tegen Medmar c.s. (waaronder schadeloosstelling van de Eindgebruikers) niet uitgevoerd kunnen worden door het handelen van Globway. Naar schattingen van het Loket zijn Eindgebruikers voor een bedrag van (ruim) meer dan € 4.000.000,-- benadeeld, terwijl de opgelegde boetes evenmin geïnd kunnen worden, doordat Globway ten onrechte betalingen vanuit de operators heeft doorgezet naar Medmar c.s. De exacte omvang van de schade kan door het Loket niet bepaald worden omdat Globway weigert de benodigde loggegevens te verschaffen. Globway heeft weliswaar enige loggegevens verschaft aan de Operators (en die op hun beurt aan het Loket) maar die zijn niet volledig, althans betreffen niet exact de door het Loket gevraagde gegevens.
- 2.4 Het Loket acht het van groot belang dat er in deze handhavend opgetreden wordt. Het Loket verzoekt de Commissie om over te gaan tot het opleggen van sancties, waaronder het opleggen van een boete en plaatsing op de zwarte lijst van Globway, alsmede haar zusterbedrijf Telefuture.

### 3. Het verweer.

- 3.1 In haar verweer heeft Globway onder meer het volgende gesteld (verkort weergegeven). Het staat Globway niet vrij om meer dan de reeds eerder aangeleverde loggegevens te verstrekken op grond van de geldende privacywetgeving. Het Loket is in dat verband een ‘derde’ in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens. Daarbij komt dat het Loket vraagt naar meer gegevens (zoals het start- en stopmoment van een abonnement) dan op grond van de Code (artikel 14 sub j) is toegestaan. Het Loket treedt buiten zijn bevoegdheid door het in kaart willen brengen van een refund aan Eindgebruikers. Op grond van artikel 13 van de Code dient de klachtenafhandeling van Eindgebruikers te geschieden niet door het Loket maar door de Operator, Serviceprovider, SMS-dienstverlener die de betreffende dienst faciliteert of de content-provider die de dienst aanbiedt. Het behoort niet tot de taak van het Loket om zich een exact beeld te laten verschaffen van de getroffen Eindgebruikers inclusief alle financiële kengetallen en het in kaart brengen en uitvoeren van een refund. Als zodanig is er sprake van misbruik van bevoegdheid.
- 3.2 Globway verwijst naar een overgelegde verklaring van Dijkman van 23 mei 2016, waaruit een door hem ervaren plotselinge ommezwaai zou blijken in de opstelling van het Loket (na de media-aandacht die er was voor Medmar c.s.) en zijn vraag of er andere motieven zijn dan door het Loket opgenomen in het verzoek tot handhaving. In deze verklaring staat onder meer:
- ‘In de dagen daarop volgend is Frank van het loket ineens niet meer redelijk. Hij werkt niet meer samen, maar tegen. Ik heb diverse malen aangegeven dat klanten bereid zijn tot het verwijderen van abonnementen en het doen van refunds, wat direct in het belang is van een snelle oplossing voor de consument. Ik wees hem op de financiële schade bij onze klanten die er aan dreigen ten onder te gaan. Als je bakken met leadvergoedingen hebt betaald voor tienduizenden abonnementen die je moet schrappen en terugbetalen ga je financieel onderuit.*
- Op dat moment konden wij contractueel gezien refunds namens onze klanten uitbetalen aan eindgebruikers en dit verhalen op de uitbetalingen van onze klanten. Een commissie handhavingszaak zou de boel vertragen met als risico dat onze klanten om zouden vallen en de eindgebruikers niets krijgen.’*
- 3.3 Ter zitting heeft Dijkman nog nader verklaard dat de gevraagde loggegevens veel waarde in de markt vertegenwoordigen, dat uit overleg met andere SMS-dienstverleners gebleken is dat zij eveneens bedenkingen hebben bij het overleggen van diverse gegevens aan het Loket en de rol van het Loket daarin, dat Globway jegens haar klanten (Medmar c.s.) contractueel gehouden was om de van de Operators ontvangen gelden aan hen door te betalen en dat het bevriezen van gelden bij/door de Operators (in het bijzonder de KPN) had moeten plaatsvinden. Medmar c.s. zijn in zwaar weer komen te verkeren en Globway heeft momenteel geen contact meer met Medmar c.s. Globway kan mede daarom desgevraagd niet verklaren waarom deze partijen geen verweer hebben gevoerd in de tegen hen gerichte handhavingprocedures.
- 3.4 Ten aanzien van de UBO’s van Medmar c.s. schrijft Globway in haar verweer dat zij de juistheid van de geregistreerde gegevens van Medmar c.s. gecontroleerd heeft aan de hand van het aandeelhoudersregister, een inschrijving in het handelsregister en een kopie van

het legitimatiebewijs van de UBO's. Vast staat dat de door Medmar c.s. ingevulde gegevens bij de registratie juist zijn en dat Globway de juistheid daarvan heeft gecontroleerd. Voorts schrijft zij dat Van Buuren (de geregistreerde UBO van Medmar en Mistral) directeur is van Telefuture Antilles N.V. waar Globway en Telefuture Nederland aan gelieerd zijn. Tevens is Van Buuren bestuurder van Telefuture Antilles B.V., via zijn trustkantoor Admico N.V.. Globway en Telefuture hebben het niet in de hand dat Van Buuren ook andere partijen bedient die in dezelfde markt actief zijn als Globway en Telefuture. Ter adstructie van haar stellingen in deze heeft Globway (als productie 13) overgelegd *'een scan van een gecertificeerde kopie van het originele aandeelhoudersregister van de Vennootschappen, waaruit blijkt dat de UBO's identiek zijn aan de door cliënten (de Commissie neemt aan dat bedoeld is Globway en Telefuture gezamenlijk) opgegeven UBO's. (...) Globway heeft niets van doen met de Vennootschappen, anders dan dat er contracten met hen zijn gesloten op grond waarvan Globway en Telefuture Nederland dienstverlening voor hen verzorgen.'*

- 3.5 Tenslotte stelt Globway nog dat het Loket niet ontvankelijk is omdat zijn aanzeggingen aan Globway niet gericht zijn aan de bestuurders van Globway (Telefuture International B.V., met op haar beurt als bestuurders de heren Kap en P.J. van Santvliet) en dat sanctionering niet geïndiceerd is omdat er geen sprake is van bewust norm overtredend handelen maar van een interpretatieverschil van de Code, waarbij Globway zich overigens op het standpunt stelt dat zij in alle aspecten de Code heeft nageleefd.

#### **4. De bevoegdheid van de Commissie en de ontvankelijkheid van het Loket.**

- 4.1 De bevoegdheid van de Commissie volgt uit de gebondenheid van Globway aan de Code en staat tussen partijen niet in geschil.
- 4.2 Het beroep op niet-ontvankelijkheid van het Loket wordt afgewezen omdat uit de door het Loket overgelegde Aansluitovereenkomst van Globway en Telefuture – er is sprake van één enkele aansluitovereenkomst met de Stichting Gedragscodes Mobiele Diensten (hierna: de Stichting) als de ene partij en 'Telefuture Nederland/Globway' als de andere partij –, blijkt dat De Lange (aan wie het verzoek tot aanpassing van de dienstverlening mede is verstuurd, zie 1.8) is aangewezen als contactpersoon (met als functie 'CCO) voor 'de contactgegevens van Deelnemer' van 'Statutaire naam: Telefuture Nederland B.V./Globway B.V.' met overigens hetzelfde adres.
- 4.3 Voorts blijkt uit het dossier dat Dijkman (in het verweer van Globway aangeduid als 'werknemer van Globway', terwijl uit de stukken blijkt dat hij zich in zijn e-mails aanduidt als 'Sales Director' van Telefuture, ook in zijn verklaring noemt hij zich 'medewerker' van Telefuture) steeds gereageerd heeft op de berichten van het Loket en gecommuniceerd heeft met het Loket voor Globway/Telefuture. Het Loket mocht derhalve aannemen dat ook Dijkman bevoegd was om voor en namens Globway/Telefuture op te treden, of in ieder geval voor deze entiteiten berichten in ontvangst kon nemen. Dijkman is overigens met de gemachtigde van Globway ter zitting verschenen om voor Globway het woord te voeren zodat de Commissie het mede daarom buiten enige twijfel acht dat Dijkman op een geregelde wijze voor genoemde entiteiten het woord kan en kon voeren.

4.4 De Commissie overweegt voorts dat in het kader van de Code de communicatie tussen het Loket en partijen als Globway/Telefuture geschiedt op basis van onderlinge contractuele verhoudingen en de op basis daarvan gezamenlijke gebondenheid aan de Code. Daarvoor is voldoende dat partijen over en weer van elkaar kunnen en mogen begrijpen dat hun berichten doeltreffend bij de andere partij aankomen. Het Loket en Globway hebben ook op een dergelijke manier steeds gecommuniceerd. Voor formele stellingen als thans door Globway ingenomen, als zou er sprake zijn van aanzeggingen die slechts aan formele (middellijk) bestuurders effectief gericht kunnen worden, is geen plaats.

## **5. De beoordeling.**

### *Ten aanzien van de loggegevens.*

5.1 De Commissie is van oordeel dat Globway in haar verweer blijkt geeft van een onjuist begrip van de rol van het Loket zoals deze voortvloeit uit de Code. Het Loket heeft immers een algemene handhavende bevoegdheid op grond van artikel 14 sub b van de Code en heeft daarbij tevens de taak toe te zien op naleving van uitspraken van de Commissie op grond van artikel 16 lid 6. Deze bevoegdheden zijn geborgd in de contracten tussen partijen waarin gebondenheid aan de Code gefundeerd is.

5.2 Teneinde handhaving mogelijk te maken en in het verlengde daarvan een effectieve sanctionering door de Commissie, is het Loket onder meer krachtens artikel 14 sub j van de Code expliciet bevoegd om loggegevens op te vragen. De beperkte interpretatie die Globway aan dat artikel geeft snijdt geen hout. Naar het oordeel van de Commissie moet het reeds voor ieder redelijk handelende partij in de branche duidelijk zijn dat wel degelijk ook start- en stopmomenten van abonnementen onder dat artikel vallen. Dit volgt te meer uit artikel 13 lid 1 sub e van de Code, waar geregeld is dat SMS-dienstverleners en Content Providers erop toe zien dat ‘alle aanmeld-, instemmings- en afmeldberichten (shortcode, dienst, tijdstip van het bericht, mobiel nummer en de inhoud) van de Eindgebruiker plus zijn volledig Premium SMS MT berichtgeschiedenis en de aan de Eindgebruiker in rekening gebrachte kosten, tenminste twee jaar bewaard worden.’ Dit ‘ter raadpleging bij eventuele klachten en geschillen’. Vervolgens regelt het artikel dat men hiertoe gehouden is ‘in het kader van informatie op verzoek van de Eindgebruiker en ter oplossing of voorkoming van fraude’. Met het laatste is het onmiskenbaar het Loket dat zich bezig houdt met ‘oplossing of voorkoming van fraude’.

5.3 Met het voorgaande staat buiten kijf dat het Loket bevoegd was om de desbetreffende informatie bij Globway op te vragen. Het beroep op de privacywetgeving gaat niet op. Ook indien aangenomen moet worden dat het hier om persoonsgegevens gaat in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens volgt de Commissie de stelling van het Loket dat de gegevensverwerking in kwestie valt onder de restbepaling van art. 8 sub f van die wet. Waarbij blijkens de parlementaire geschiedenis immers ook, bij wijze van voorbeeld, gedacht kan worden aan intern fraudeonderzoek. Dit terwijl het handhavend optreden van het Loket nota bene louter gericht is op het behartigen van de belangen van de (mogelijk) getroffen eindgebruikers.

- 5.4 De Commissie stelt vast dat het, nu zij de stelling verworpen heeft dat het Loket geen (contractuele) bevoegdheid heeft om desbetreffende gegevens op te vragen, Globway overigens voorts geen enkele stelling naar voren gebracht heeft waaruit zou volgen dat het Loket met de gegevens van plan zou zijn dingen te doen die in strijd zijn met de geldende (privacy)regelgeving. De suggestie van Globway dat het Loket oneigenlijke motieven ten grondslag legt aan zijn handhavend optreden wordt als ongefundeerd verworpen.
- 5.5 De Commissie overweegt derhalve dat aanwijzingen van het Loket in de handhaving en bij het toezicht op de naleving van uitspraken van de Commissie in beginsel zonder meer opgevolgd dienen te worden. Wanneer een partij meent op goede gronden het niet eens te zijn met een aanwijzing van het Loket kan deze partij zich in beginsel tot de Commissie wenden. Niet voor niets voorziet de Code in een beroepsmogelijkheid tegen bepaalde besluiten van Loket. Globway is tegen de aanwijzingen van het Loket niet in beroep gegaan.
- 5.6 In dit geval is er sprake van een drietal uitspraken van de Commissie inzake Medmar c.s. waar, zo de Commissie begrijpt, de stand van zaken is dat de door de Commissie in die procedures opgelegde sancties (met name boetes en schadeloosstelling Eindgebruikers) vooralsnog niet uitgevoerd kunnen worden. Gebleken is immers dat het Loket thans nog niet in staat is om exact te berekenen voor welke bedragen Eindgebruikers precies benadeeld zijn en, derhalve, wat precies de omvang is van de door de Commissie opgelegde verplichting om de Eindgebruikers schadeloos te stellen. De uitvoering van de desbetreffende sancties wordt thans onder meer belemmerd doordat Globway (ten onrechte) weigert om de door het Loket gevraagde loggegevens te overleggen aan het Loket. De Commissie is daarom van oordeel dat Globway met spoed dient te voldoen aan de aanwijzingen van het Loket in deze.
- 5.7 De Commissie zal dienovereenkomstig bepalen, met een in de beslissing op te nemen termijn en onder oplegging van een dwangsom (conform artikel 16 lid 4 sub h van de Code) na het verstrijken daarvan. Een oordeel ten aanzien van de verwijtbaarheid van Globway, en de eventueel daarbij gepaste sanctionering, om tot heden de gevraagde gegevens niet te willen overleggen wordt aangehouden in verband met de hieronder te behandelen overige aspecten van deze zaak en gezien de mogelijke samenhang daartussen.

*Ten aanzien van de UBO's van Medmar c.s.*

- 5.8 Globway heeft in haar verweer opgemerkt dat de paspoorten van de heren Van Buuren en Van Dijk in het bezit zijn van de Commissie uit hoofde van de tegen Medmar c.s. ingediende verzoeken tot handhaving. De Commissie leidt daaruit af dat Globway kennelijk bekend is met de inhoud van deze handhavingsverzoeken. Wat daarvan zij, nadere beschouwing van deze identiteitspapieren zoals inderdaad in die handhavingsprocedures overgelegd aan de Commissie, leert dat bij de registratie van Van Dijk niet een kopie van zijn paspoort maar slechts een kopie van zijn rijbewijs is ingediend.

- 5.9 Een vergelijking met de eerst in deze procedure door Globway overgelegde kopieën van ‘Stockregisters’ leert echter nog het volgende. De desbetreffende kopieën zijn, in tegenstelling tot wat Globway bij verweerschrift gesteld heeft (namelijk dat deze kopieën ‘gecertificeerd’ zijn), slechts afgestempeld, op 9 mei 2016, door Admico N.V. (het door Van Buuren zelf in stand gehouden Trustkantoor), en voorzien van een onbekende paraaf. Voorts is duidelijk dat bij het Stockregister van Greenwhale bij de ‘Stockholders name’ te lezen staat (in getypte letters) de naam ‘D.T.G. van Dijk’, hetgeen een eigenaardige en slordige typefout betreft die de betrouwbaarheid van de vermelding vermindert. Bij ‘Stockholder’s address’ is geen adres ingevuld, zodat onduidelijk is waar Van Dijk woont. Op de plaats van handtekening staat niet dezelfde handtekening zoals te vinden is op het rijbewijs van Van Dijk, maar staat een handtekening die overeenkomt met die van Van Buuren, zoals te vinden op het paspoort van Van Buuren. Van Buuren heeft kennelijk getekend voor Van Dijk. Voorts valt op dat bij het Stockregister van Medmar, waarbij als stockhouder is ingevuld ‘E.L. van Buuren’, niet dezelfde handtekening te vinden is als op het paspoort van Van Buuren. Op het Stockregister van Mistral staat wél dezelfde handtekening voor Van Buuren als op zijn paspoort. De handtekening bij Medmar is bovendien overigens onherkenbaar (lijkt ook niet op die van Van Dijk) en er is duidelijk een gedeelte wit/weg-gemaakt.
- 5.10 Deze onregelmatigheden (het ontbreken van een adres en het verwisselen en/of onleesbaar maken van handtekeningen), welke voor iedereen onmiddellijk kenbaar zijn, brengen de Commissie tot het oordeel dat Globway als SMS-dienstverlener niet voldaan heeft aan haar verplichtingen voortvloeiend uit artikel 4a lid 5 van de Code om te borgen dat de bij haar aangesloten partijen geregistreerd zijn conform het bepaalde in het eerste lid van dat artikel (sub a) en de controle van de juistheid van de gegevens met betrekking tot de registratie van de Content Providers in kwestie (sub b). Ook indien Globway niets te verwijten zou zijn in deze is zij volgens artikel 4a lid 5 toch wel degelijk verantwoordelijk voor de borging en controle van deze gegevens. Dat artikel beperkt de verantwoordelijkheid immers niet tot gevallen waarin de SMS-dienstverlener een verwijt te maken valt.
- 5.11 De Commissie acht het relevant dat één van de betrokken personen (Van Buuren) naar eigen zeggen van Globway medewerker is binnen de groep van bedrijven waar ook Globway deel van uitmaakt. Deze persoon is immers volgens Globway niet alleen houder van een Trustkantoor (Admico N.V.), dat op Curaçao geregistreerd staat als bestuurder van Telefuture Antilles N.V., maar ook directeur (derhalve medewerker) van Telefuture Antilles N.V. Dat Globway geen contact meer heeft of kon hebben met Medmar c.s., zoals ter zitting verklaard door Dijksman acht de Commissie om die reden onwaarschijnlijk. Tevens is de Commissie van oordeel dat Globway niet kan stellen dat zij het ‘niet in de hand heeft’ dat Van Buuren naast zijn bestuur (via Admico N.V.), en positie als medewerker van Telefuture Antilles N.V. tijd en ruimte heeft om zelfstandige activiteiten te ontwikkelen als Content Provider via Medmar en Mistral. Niet alleen is het onwaarschijnlijk dat hij technisch in staat is om dat te doen zonder medeweten van zijn werkgever; Telefuture Antilles N.V. moet bij machte geacht worden om hem als medewerker aanwijzingen te geven en/of maatregelen te treffen die in dit opzicht gepast zijn.



- 5.12 Voorts is de Commissie van oordeel, gezien voornoemde onregelmatigheden met de Stockregisters, dat thans niet met zekerheid gezegd kan worden dat Van Buuren en Van Dijk de daadwerkelijke UBO's zijn van Medmar c.s. Daaraan draagt bij dat, anders dan Globway lijkt te stellen in haar verweerschrift, Medmar c.s. niet 'eveneens' gevestigd is op Curaçao maar op de British Virgin Islands (Medmar) en Anguilla (Mistral en Greenwhale). De overgelegde Stockregisters zijn identiek van ontwerp en lijken te komen uit de eigen administratie van Admico N.V. Dit in tegenstelling tot een stockregister dat verkregen zou zijn op genoemde eilanden van vestiging van de daartoe ter plaatse aanwezige instanties.
- 5.13 Voor het oordeel van de Commissie is, zoals hiervoor opgemerkt, in de eerste plaats van belang vast te stellen dat Globway niet voldaan heeft aan artikel 4a lid 5 van de Code. Aangezien Globway op grond van dat artikel verantwoordelijk is voor een juiste registratie volgt daaruit naar het oordeel van de Commissie dat Globway in beginsel aansprakelijk is voor de gevolgen van het niet correct registreren van de bewuste gegevens. Dit omdat blijkens lid 1 van artikel 4a van de Code een correcte registratie bedoeld is om de toezichthoudende en handhavende taken van het Loket te vergemakkelijken. In het kader van dit handhavingsverzoek kan dan in het midden blijven wie de werkelijke UBO's van Medmar c.s. zijn en of er, zoals het Loket betoogd heeft, geldelijke belangen spelen die Globway ertoe bewogen hebben om de gevraagde loggegevens niet te verschaffen aan het Loket en om op onrechtmatige wijze (in strijd met de aanwijzingen van het Loket) betalingen aan Medmar c.s. door te zetten. De commissie zal echter mede met het oog op de overwegingen hieronder met betrekking tot het aspect van de betalingen aan Medmar c.s. een beslissing inzake de kwestie van de controle van de UBO-gegevens aanhouden.
- 5.14 Wel overweegt de Commissie thans reeds dat de aansprakelijkheid van Globway voor de gevolgen van het niet kunnen uitoefenen van de sancties jegens Medmar c.s. niet zover gaat als zou zij de aan Medmar c.s. opgelegde boetes moeten dragen. Het ligt echter in de rede dat het schadeloosstellen van Eindgebruikers voor rekening van Globway zal dienen te komen (waarbij Globway uiteraard zelf regres zal kunnen trachten te nemen op Medmar c.s.). Dat dit voortvloeit uit het systeem van de Code blijkt te meer uit de regeling in artikel 13 van de Code waar de SMS-dienstverlener respectievelijk de Operator gehouden zijn om een Eindgebruiker schadeloos te stellen indien deze bij hen geklaagd heeft over de desbetreffende abonnementsdienst (resp. artikel 13 lid 1 sub c en artikel 13 lid 2 sub c van de Code).

#### *De betalingen aan Medmar c.s.*

- 5.15 Globway heeft ter zitting betoogd dat zij contractueel gehouden was om de ontvangen gelden van de Operators door te zetten naar Medmar c.s., en dat zij conform deze verplichting metterdaad haar financiële verplichtingen aan Medmar c.s. reeds heeft voldaan. Het had op de weg van de Operators gelegen, aldus Globway, om eventueel betalingen inzake de diensten van Medmar c.s. aan Globway in te houden. Het Loket daarentegen stelt dat Globway in strijd met aanwijzingen van het Loket de bewuste gelden aan Medmar c.s. heeft uitbetaald met als resultaat dat er thans geen bevroren tegoeden zijn waardoor de door de Commissie bepaalde sancties in de procedures Medmar c.s. niet uitgeoefend kunnen worden.

- 5.16 De Commissie acht zowel het één als het ander in strijd met artikel 16a lid 4 van de Code. Zoals hierboven betoogd dient Globway aanwijzingen van het Loket op te volgen, waarbij de verplichting om de betaling van gelden op te schorten op verzoek van het Loket nog eens expliciet geregeld is in artikel 16 lid 4 sub a van de Code. De Commissie overweegt te dien aanzien dat uit de bewoordingen: ‘Indien het Loket een verzoek tot handhaving aan de Commissie zendt’ niet afgeleid kan worden dat pas vanaf het moment dat het desbetreffende verzoek formeel aan de Commissie verzonden is, de SMS-dienstverlener gehouden is om op verzoek van het Loket betalingen op te schorten. Dat volgt ten eerste niet uit de letterlijke bewoordingen van dit artikel, maar te meer ook niet uit de geest en het systeem van de Code die er op gericht is om gezamenlijk non-conforme gedragingen effectief te bestrijden. Zodra het Loket bij wijze van vooraankondiging bekend maakt aan een partij een gang naar de Commissie te overwegen middels een handhavingsverzoek en daarbij reeds informeert naar geldstromen in kwestie, zoals het Loket in dit geval reeds gedaan heeft op 2 maart 2016, dient de SMS-dienstverlener ook eigener beweging op dat moment er op toe te zien dat er geen betalingen gedaan worden waar binnen afzienbare tijd van zou kunnen blijken dat deze aangewend zouden moeten worden voor het schadeloos stellen van Eindgebruikers en/of verdergaande maatregelen/sanctionering zoals de betaling van boetes. Partijen hoeven het tenslotte ook niet aan te laten komen op een handhavingsverzoek en een uitspraak van de Commissie.
- 5.17 De stelling van Globway dat zij na ontvangst van gelden vanuit de Operators contractueel verplicht was deze door te betalen, baat haar niet. Dit is naar het oordeel van de Commissie immers strijdig met het eerste deel van artikel 16a lid 4 van de Code waaruit volgt dat de SMS-dienstverlener in haar overeenkomst met de Content Provider een voorziening dient op te nemen met betrekking tot het voorgaande, namelijk dat zij op verzoek van het Loket gelden in kan houden. Indien Globway hier niet aan voldaan heeft levert dat op zichzelf eveneens een ernstige overtreding van de Code op.
- 5.18 Beide mogelijkheden (het niet nakomen van het verzoek van het Loket of anders het niet contractueel regelen van een en ander in de overeenkomsten met Medmar c.s.) levert naar het oordeel van de Commissie derhalve een ernstige schending van de Code op, welke er in ieder geval toe dient te leiden dat Globway ook op deze gronden verantwoordelijk zou zijn voor het schadeloosstellen van de Eindgebruikers in de zaken Medmar c.s. Voor verdere sanctionering zoals het opleggen van boetes en/of het plaatsen op de zwarte lijst dient de Commissie af te wegen in welke mate Globway in deze verwijtbaar heeft gehandeld.
- 5.19 Omdat de Commissie zich hieromtrent echter nog niet voldoende geïnformeerd acht, worden partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover nader uit te laten. Daartoe overweegt de Commissie dat met name Globway antwoord dient te geven op de vraag wanneer zij betalingen van Operators ontvangen heeft voor de diensten van Medmar c.s. met betrekking tot de diensten zoals in de handhavingsverzoeken tegen Medmar c.s. aan de orde zijn, en wanneer zij desbetreffende betalingen aan Medmar c.s. heeft doorgezet. Dit concreet met de specifieke data, naam Operator, hoeveelheid en voorzien van adequaat bewijsmateriaal. Tevens dient Globway de contractuele bepalingen met Medmar c.s. over te leggen waaruit kan blijken dat artikel 16a lid 4 op een behoorlijke wijze is uitgevoerd. Het Loket zal op de door Globway aangeleverde informatie desgewenst

kunnen reageren, zo nodig en naar eigen inzicht met behulp van informatie die zij bij andere partijen zoals Operators kan opvragen.

- 5.20 Resumerend overweegt de Commissie dat Globway de gevraagde loggegevens aan het Loket dient te verschaffen binnen een week na datum van deze beslissing van de Commissie en dat Globway aan de Commissie, onder gelijktijdige toezending aan het Loket, een antwoord dient te geven op de hierboven onder 5.19 gestelde vragen. De Commissie is thans reeds van oordeel dat Globway verantwoordelijk is voor het schadeloosstellen van de Eindgebruikers zoals bepaald in de beslissingen inzake de handhavingsverzoeken jegens Medmar c.s. Dit onverminderd de plicht van Medmar c.s. om deze kosten uiteindelijk te dragen, eventueel via een verhaalsactie van Globway jegens Medmar c.s. Mede gelet op de vraag naar de verwijtbaarheid van Globway in haar handelen tot nu toe wordt een beslissing op dit onderdeel echter aangehouden alsmede de vraag of en in welke mate sanctionering van Globway is aangewezen, anders dan de verplichting om de desbetreffende Eindgebruikers schadeloos te stellen.
- 5.21 De Commissie overweegt tenslotte (ten overvloede) dat het concept van zelfregulering in de Telecombranche hier op het spel staat. Indien de gedupeerde Eindgebruikers van Medmar c.s. niet schadeloos gesteld blijken te kunnen worden moet geconstateerd worden dat het systeem van zelfregulering zoals door de Stichting in het leven geroepen faalt. De Commissie beveelt het Loket als handhavende instantie aan om alles te doen wat in zijn vermogen ligt om er voor te zorgen dat de uitspraken in de zaken Medmar c.s. nageleefd worden, in ieder geval zodanig dat de gedupeerde Eindgebruikers effectief gecompenseerd worden. Zij geeft het Loket daarbij in overweging de Operators ertoe te bewegen om zelfstandig een compensatieactie uit te voeren, waarna zij verhaal kunnen trachten te halen op de verantwoordelijke partijen (Globway resp. Medmar c.s.). Het risico dat de eindverantwoordelijke partij (Medmar c.s.) uiteindelijk niet te vinden zal zijn wordt dan in ieder geval niet bij de consument/Eindgebruiker gelegd.

## **6. De beslissing.**

De Commissie Handhaving Mobiel Diensten,

- 6.1 bepaalt dat Globway zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen één week na datum van deze uitspraak, de door het Loket gevraagde loggegevens aan het Loket dient te verstrekken op straffe van een dwangsom van € 1000,- per dag, voor iedere dag na het verstrijken van voornoemde week dat Globway nog niet voldaan heeft aan deze verplichting, met een maximum van € 100.000,-;
- 6.2 gelast Globway een antwoord te geven op de hierboven in 5.19 geformuleerde vragen, binnen vier weken na de datum van deze uitspraak. Indien Globway niet voldoet aan dit bevel zal de Commissie daaraan de gevolgen verbinden die zij geraden acht;
- 6.3 houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Mobiele Diensten op 7 juli 2016 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen. Deze beslissing is op

dezelfde dag toegezonden aan het bestuur van de Stichting Gedragscodes Mobiele Diensten, die zal zorgdragen voor een zo spoedig mogelijke publicatie van de beslissing op haar website.

Namens de Commissie Handhaving Mobiele Diensten,  
w.g. mr. P.M. Knaapen