



Annotatie bij AbFab/XS4ALL, Hof Amsterdam 18 juni 2002

Verschenen in *Computerrecht* 2002-5, p. 299-307.

J.J.C. Kabel

1. Het gaat om een horizontale (XS4ALL-Ab.Fab) beperking van het gebruik van een bepaald communicatiemedium (ongevraagde e-mail) vanwege de aard van de boodschap (commercieel) en de aard van de ontvanger (natuurlijke persoon, consument). De horizontale beperking is door het door de Voorzieningenrechter uitgesproken verbod verticaal geworden, d.w.z. er is sprake van een aan artikel 10 EVRM toetsbare overheidsinmenging. Dat zal ook het geval zijn wanneer art. 13 van [Richtlijn 2002/58](#) van 12 juli 2002 (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie, omzetting vóór 31 oktober 2003, *PbEG* 31 juli 2002, L 201/37) in ons recht is geïmplementeerd. Dat artikel zal dit communicatiemiddel immers verbieden. De vraag wat er dan precies wordt verboden, leent zich voor een afzonderlijke beschouwing.

2. De discussie over de constitutionnalité van zo een verbod is vooral in de VS gevoerd. Zie o.m. als overzichtsartikelen Michael A. Fisher, 'The Right to Spam? Regulating Electronic Junk Mail', *Columbia VLA Journal of Law & the Arts*, Vol. 23, Nos. 3 & 4, Spring 2000, p. 363-419 en al eerder Michael W. Carroll, '[Garbage in: Emerging Media and Regulation of Unsolicited Commercial Communications](#)', *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 11: 2, p. 233-280. Beide artikelen bevatten tevens interessante overzichten van rechtspraak m.b.t. andere vormen van ongevraagde reclame (colportage, brievenbusreclame, telefonische werving en fax). Datzelfde is het geval met een goed overzicht van de Duitse rechtspraak terzake in Jörg Reichelsdorfer, "'eMails" zu Werbezwecken – ein Wettbewerbsverstos?', *GRUR* 1997, Heft 3, p. 191-198.

3. In deze zaak vragen eisers (de ISP en enkele geadresseerden) een verbod. Die vordering is aanvankelijk toegewezen (zie Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 7 maart 2002, *Computerrecht* 2002, nr. 3, p. 152-157 met annotatie A.R. Lodder) en wordt nu afgewezen. De grief dat een verbod in strijd met artikel 10 EVRM zou zijn, is door appellant niet aangevoerd. Fisher en Carroll, de veel op die van artikel 10 EVRM lijkende First Amendment test toepassend, concluderen dat de bestaande Amerikaanse wettelijke verboden de toets aan de relevante *Central Hudson* en de *Fox* uitspraken van het US Supreme Court kunnen doorstaan. De test vereist, ongeveer net zoals die van artikel 10 EVRM, dat er een substantieel overheidsbelang gemoeid is met een verbod, het verbod doelmatig is en niet verder gaat dan noodzakelijk is om het desbetreffend belang te beschermen. Als te beschermen belangen zijn gewogen: dat van de relationele privacy van geadresseerden, dat van behoud van het medium (e-mail) en dat van het voorkomen van kostenverschuiving door de adverteerder naar de geadresseerde (*cost-shifting*). Bescherming van relationele privacy zal geen sluitend belang kunnen opleveren; zoals Goldstone, geciteerd bij Carroll (p. 272) opmerkt: A home in the real world is (...) a way of keeping the world out. (...) An online home, on the other hand, is a little hole you drill in a wall of your real home to let the world in." Of behoud van het medium een sluitend belang kan opleveren is onzeker, mede gelet op het bestaan van alternatieve media (Carroll, p. 274). De zaak voor *cost-shifting* als belang ligt sterker. In *Destination Ventures, Ltd. v. FCC*, 46 F. 3d 54, 56 (9th Cir. 1995) is dat belang aanvaard

als rechtvaardiging voor een verbod van ongevraagde faxpost. De bestaande faxtechnologie leidt immers per definitie tot een kostenverschuiving van adverteerder naar ontvanger (Verkade pleitte er al voor de variabele kosten van de fax-transmissie geheel te laten betalen door de verzender, zie zijn artikel 'Fax-probleempjes' *Mediaforum* 1990-4, p. 43). Dat is bij de e-mail technologie niet altijd het geval, maar afhankelijk van de vraag of de geadresseerde een vast bedrag per maand betaalt, dan wel betaalt voor de telefoonminuten.

4. Het cost-shifting argument wordt niet genoemd in de preambule van Richtlijn 97/66 (de ISDN- of Bijzondere Privacyrichtlijn, de voorganger van de huidige richtlijn) als ratio voor het verbod van geautomatiseerd (bellen en) faxen in artikel 12 van die richtlijn, noch in de toelichting bij artikel 11.7 Telecommunicatiewet. Losjesweg wordt in de preambule alleen het belang van bescherming van de persoonlijke levensfeer genoemd. In de toelichting wordt in het geheel niets over de ratio opgemerkt.

5. Het cost-shifting argument is wel uitdrukkelijk als ratio opgevoerd voor het verbod van artikel 13 van de huidige richtlijn van 12 juli j.l. Ik citeer uit preambule (40): "De verzending van dergelijke ongewenste commerciële mededelingen kan betrekkelijk gemakkelijk en goedkoop geschieden en anderzijds een belasting en/of kosten voor de ontvanger met zich meebrengen." En verder, in preambule (42), wordt gezegd: "Andere vormen van direct marketing die duurder zijn voor de verzender en geen financiële kosten voor de abonnees en gebruikers met zich meebrengen (...) kunnen de instandhouding van een systeem rechtvaardigen waarbij abonnees of gebruikers kunnen aangeven dat zij dergelijke oproepen niet wensen te ontvangen." De keuze voor opt-in of opt-out lijkt hier dus bijna geheel aan de kostenconsequenties van de gebruikte technologie te zijn opgehangen.

6. In het arrest wordt bij 'sHofs analyse van de bestaande regelgeving over dit argument niets gezegd. Het komt pas aan de orde bij de vraag naar de mogelijke onrechtmatigheid tegenover XS4ALL. Het Hof legt de bestaande regelgeving met betrekking tot ongevraagde (elektronische) direct marketing grammaticaal uit. Die regelgeving kan als volgt worden weergegeven. Geautomatiseerd bellen en faxen is zonder voorafgaande toestemming verboden voor verkoop op afstand (art. 7:46h lid 2 BW) en daarenboven in het algemeen voor charitatieve en ideële doeleinden (art. 11.7 lid 1 Telecommunicatiewet); alle andere communicatietechnieken voor verkoop op afstand (waaronder ook e-mail) zijn onderworpen aan een opt-out regeling (lid 3 van 7:46h BW), gewone telefonische commerciële werving voor verkoop op afstand is onderworpen aan een identificatie-, een herkenbaarheidsplicht en een opt-out regeling nmet bijbehorende periodieke bekendmakingsregeling van de opt-out mogelijkheid (lid 1, 3 en 4 van 7:46h BW) en ingevolge art. 11.7 lid 2 Telecommunicatiewet is telefonische werving in het algemeen aan een opt-out regeling gebonden. Voor de volledigheid meld ik nog:

a. art. 435e S. dat strafbaar stelt het via de telefoon aanbieden van goederen en diensten tegen betaling, wanneer daarbij te kennen wordt gegeven of de indruk wordt gewekt dat de opbrengst geheel of ten dele voor een liefdadig of ideëel doel is bestemd;

b. art. 240 S. dat niet-gewilde confrontatie met pornografie strafbaar stelt. "Met gevangenisstraf van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat een afbeelding of voorwerp aanstotelijk voor de eerbaarheid is en die afbeelding of dat voorwerp: (...) 2°. aan iemand, anders dan op diens verzoek, toezendt." In ieder geval is met deze bepaling een vorm van veel voorkomende commerciële e-mail al verboden, te weten die waarin pornografie wordt aangeboden, zonder dat de ontvanger daarom heeft gevraagd. *De porno à publicité, il n'y a qu' un pas!*

7. Het huidige wettelijk systeem terzake is onvolgroeid, technologiespecifiek en daarom

lichtelijk 'overdone'. Een regeling voor ongevraagde brievenbusreclame is aan zelfregulering overgelaten. Ongevraagde commerciële e-mail is alleen geregeld bij verkoop op afstand. De eisen van herkenbaarheid en identificatie komen al in algemene zin voor in de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel. Artikel 3:15e lid 1 BW zal op grond van die wet immers als volgt komen te luiden: "Indien commerciële communicatie deel uitmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, zorgt degene in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt dat: a. de commerciële communicatie duidelijk als zodanig herkenbaar is; b. de commerciële communicatie zijn identiteit vermeldt.(...)". (Vgl. over de laatste regel: CvB Stichting Reclame Code 25 april 2002, *IER* 2002-5 (*T easer voor Head & Shoulders*) met annotatie JK). De Wbp geeft een algemene opt-out regeling voor gegevensverwerking ten behoeve van direct marketing voor commerciële en charitatieve (niet voor ideële) doeleinden inclusief bekendmakingsregelingen.

8. Het beeld is echter duidelijk. De wettelijke regeling betekent voor de verzender van wervende, niet-geautomatiseerd verzonden informatie:

a. informatieplichten ten behoeve van de ontvanger omtrent de aard van de informatie en de identiteit van de aanbieder van de informatie;

b. opt-out regelingen ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens en de verzending van wervende informatie op commercieel, charitatief en ideëel terrein;

c. bekendmakingsregelingen terzake van de opt out.

9. Geautomatiseerd verzonden wervende informatie via telefoon of fax, zonder menselijke tussenkomst dus, is m.i. niet meer *en vogue*. 'Junkfaxen' aan consumenten komen in ons land nog maar sporadisch voor en Karin Bloemen en haar bandje voor de krant op Zondag is met de Krant ten onder gegaan (zie Sciarone, 'Hoofdstuk 11 van de Telecommunicatiewet', *Privacy & Informatie* 1999-5, p. 203). De aldus onnodige technologie specifieke artikelen die deze vorm van marketing verbieden, laten echter wel zien wat, zonder toestemming vooraf van de ontvanger, wordt verboden: het onpersoonlijk en niet interactief, grootschalig gebruik van een persoonlijk, interactief communicatiemedium voor doeleinden van direct marketing op commercieel, charitatief en ideëel terrein.

10. Het Hof past bovenomschreven positiefrechtelijke regeling als gezegd braaf toe. E-mail is geen telefoon of fax en valt dus niet onder de bepalingen omtrent geautomatiseerde verzending. Van toepassing kunnen dan alleen maar zijn de bepalingen omtrent verkoop op afstand. Die bevatten echter enkel een opt-out regeling. Wanneer die wordt nagekomen, is er niets aan de hand en dat geldt ook voor toepasselijkheid van de bepalingen inzake opt-out bij de verwerking van persoonsgegevens voor doeleinden van direct marketing.

11. Had het Hof niet analoog moeten uitleggen? Is de e-mail waar het hier om gaat immers niet te beschouwen als het onpersoonlijk en niet interactief, grootschalig gebruik van een persoonlijk, interactief communicatiemedium voor doeleinden van direct marketing op commercieel? Zou het kostenverschuivingsargument dat althans in de VS de ratio is geweest voor het verbod op ongevraagde faxverzending ook bij e-mail niet een rol moeten spelen?

12. Voor de door het Hof gekozen uitleg pleit het gegeven dat de Europese wetgever zelf met een richtlijn en een voor Europa nieuwe ratio komt waaruit duidelijk blijkt dat naar positief recht voor e-mail géén analoge uitleg is aangewezen, maar de wetgever e.e.a. uitdrukkelijk tot dusver niet heeft geregeld. Art. 13 van richtlijn 2002/58

noemt immers e-mail (waaronder SMS-berichten, zie pre-ambule (40)) uitdrukkelijk naast het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst (automatische oproepapparaten) en hanteert voor het eerst het kostenargument. Tevens pleit voor de uitleg van het Hof het, overigens niet meegenomen gegeven, dat het hier hoe dan ook gaat om een beperking van de vrijheid van meningsuiting.

13. Naast bovenomschreven regelgeving, bestaan ook andere rechtsmiddelen die kunnen worden gebruikt in de strijd tegen *spam*. Door de bank genomen zijn dat de volgende:

a. een recht om van informatie verschoond te blijven, kort gezegd: een negatieve informatievrijheid of een negatieve ontvangstvrijheid (zie voor deze begrippen J.J.C. Kabel, *Uitingsvrijheid en absolute beperkingen op handelsreclame*, Deventer: Kluwer 1981, p. 111 en [J.M. de Meij](#) e.a., *Uitingsvrijheid*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 134)

b. ongerechtvaardigde verrijking;

c. intellectuele en gewone eigendomsrechten;

d. oneerlijke mededinging en andere vormen van onrechtmatige daad, waaronder misleiding en aantasting van reputatie

e. contract;

f. bescherming van persoonsgegevens.

14. De Meij e.a. menen dat wanneer het gaat om publicaties van een niet strafbare inhoud, het recht om daarvan niet te hoeven kennismaken voldoende verzekerd is als de burger door het afwenden van de blik, het weigeren van een aangeboden tekst of het omdraaien van de knop (verdere) kennisneming kan beëindigen. Juridische maatregelen zouden op dit punt de uitingsvrijheid zelf kunnen schaden. (De Meij e.a., t.a.p.). Negatieve informatievrijheid impliceert dus wel een recht, maar inbreuk kan door de rechthebbende zelf worden voorkomen; als dat niet zo is en de uitingen feitelijk onvermijdbaar zijn, wordt het pas interessant. Het recht om van informatie verschoond te blijven, is een individueel recht; het moet er niet toe kunnen leiden dat de negatieve keuze van één burger de vrijheid van andere burgers om van die informatie kennis te nemen beperkt. Daarop is wellicht alleen een uitzondering te maken wanneer het gaat om informatie waarvan een overgrote meerderheid verschoond zou willen blijven. Maar dan nog blijft dat een criterium dat in ieder geval bij gewone publiciteit gevoelig ligt en dat alleen in zeer bijzondere gevallen toepassing verdient (Kabel, p. 112).

15. Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking hoeft niet tot een verbod te leiden van de desbetreffende activiteiten, maar kan wel leiden tot een vermogensverschuiving die op zijn beurt weer preventief kan werken. Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking is onder meer toewijsbaar indien de gedaagde zich kosten heeft bespaard of zijn inkomen heeft vergroot door zonder diens toestemming gebruik te maken van het goed van een ander (E.J.H. Schrage, *Verbindenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst* (Monografieën Nieuw BW), Deventer: Kluwer 1998, p. 60-61). Deze voorwaarden zijn in beginsel van toepassing op faxreclame en kunnen verklaren waarom het *cost-shifting* argument inderdaad berust op een vorm van onrechtmatig gedrag. Zij zijn m.i. niet van toepassing op de verhouding e-mail adverteerder-consument omdat moeilijk valt in te zien dat in dat geval gebruik is gemaakt van het goed van de consument; zou dat wel het geval zijn, dan is tegelijkertijd tenminste vereist, in het bestaande regelsysteem, dat de eiser van te voren duidelijk heeft gemaakt dat hij geen

commerciële e-mail wenst te ontvangen. Het belang lijkt in individuele gevallen ook niet voldoende om een rechtsstrijd aan te gaan. De dan voor de hand liggende gezamenlijke actie van een groep consumenten, heeft het in de VS niet gehaald. In de *Kenro-zaak* (*Kenro, Inc. v. Fax Daily, Inc.*, 962 F. Supp. 1162, 1168), waarin het ging om een actie gebaseerd op *trespass to chattel* (inbreuk op eigendomsbelangen), wees de rechter de class-action al in een vroeg stadium af door te oordelen dat hij niet vast kon stellen of ieder lid van de klasse wel voldaan had aan de eis tevoren geprotesteerd te hebben tegen de ontvangst van commerciële e-mail (zie Fisher, p. 382, 388). De Voorzieningenrechter heeft in deze zaak beslist dat D. c.s. (de 'spam' ontvangers) geen belang hadden bij een verbod, omdat zij niet van te voren geprotesteerd hadden tegen de ontvangst van AB.Fab's commerciële e-mail. Daardoor komt de kwestie, in het voetspoor van de Amerikaanse rechtspraak, verder in het geheel niet meer aan de orde. Het Hof heeft de vraag naar de eigendom van enig goed alleen behandeld t.a.v. XS4ALL.

16. Dat gebruik is gemaakt van goederen van eiser in een actie uit ongerechtvaardigde verrijking, lijkt inderdaad meer voor de hand te liggen bij een actie ingesteld door de ISP. Intussen is de zaak niet in die sleutel gezet, maar alleen in die van de vraag onder welke omstandigheden het gebruik door Ab.Fab van de voorzieningen van XS4ALL als inbreuk op haar eigendomsrecht, dan wel als onrechtmatig kan worden beschouwd. In *CompuServe v. Cyber Promotions* (962 F. Supp. 1015, (S.D. Ohio 1997)) is inderdaad aanvaard dat elektronische signalen door een computer verzonden voldoende fysiek tastbaar zijn om te kunnen spreken van 'intermeddling' met andermans eigendom, i.c. de apparatuur van de ISP. Voor een geslaagde actie uit inbreuk op andermans eigendom (i.c. de reeds genoemde actie uit *trespass to chattel*) is echter meer nodig: er moet ofwel schade worden toegebracht aan de materiële waarde van de eigendom, ofwel de eigenaar moet voor een substantieel deel van het gebruik van zijn eigendom zijn verstoken geweest dan wel geraakt zijn in een ander rechtens beschermd belang (bijvoorbeeld zijn reputatie). I.c. achtte de Amerikaanse rechter deze omstandigheden aanwezig. Daarbij moet echter worden aangetekend, dat in dit geval de adverteerder opzettelijk de blokkeringsmaatregelen van de provider had omzeild door de afzendersinformatie te wijzigen (misleiding).

17. De vraag naar de eigendomsinbreuk wordt door het Hof vreemd genoeg niet langs bovenstaande lijn beantwoord, maar gezet in de de sleutel van de publieke dienstverlening van de ISP. Die dienstverlening zou betekenen dat XS4ALL vrij is om aangeboden berichten niet door te sturen, maar niet om de aanbieder te verbieden die berichten aan te bieden. Dat komt me onbegrijpelijk voor, omdat het laatste immers tegenover de aanbieder behoorlijker is, want transparanter, dan het eerste. En het is juist de overweging omtrent de publieke dienstverlening, die het Hof ertoe brengt te oordelen dat het gebruik door Ab.Fab van de voorzieningen van XS4ALL niet zonder meer een vorm van gebruik is die inbreuk maakt op de (eigendoms)rechten van XS4ALL. Ik zie het verband niet tussen overweging en oordeel.

18. Wat de onrechtmatigheid betreft valt uit de beslissing van het Amsterdamse Hof af te leiden dat het voor een geslaagde verbodsactie tenminste nodig is dat:

- a. De ISP uitdrukkelijk bekend heeft gemaakt ongevraagde commerciële e-mail berichten te weigeren;
- b. De desbetreffende e-mail in bulk wordt verzonden en daardoor het systeem van de provider onevenredig wordt belast;
- c. De kosten voor de provider meer dan minimaal zijn.

19. De voorwaarden onder b. en c. waren volgens het Hof niet vervuld. Het argument (te ontlenen aan de gronden voor onrechtvaardigde verrijking) dat appelllant zich kosten

heeft bespaard of zijn inkomen heeft vergroot door zonder diens toestemming (aan voorwaarde a. was immers voldaan) gebruik te maken van het goed van een ander, komt niet aan de orde. Toch is dat, zoals boven wel is gebleken, eigenlijk het belangrijkste argument in de hele discussie (zie par. 5, supra).

20. Ik merk nog op dat de belangrijkste grond voor het optreden van XS4ALL, namelijk het behoud van goodwill bij haar abonnees, volgens de redenering van het Hof nooit een verbod kan rechtvaardigen, omdat, en ik citeer: "spam nu eenmaal over de hele wereld rondwaart". Dat lijkt wel erg kort door de bocht.

21. Tenslotte het punt van de derdenwerking. De feitenweergave is onduidelijk. Enerzijds zou Ab.Fab klant zijn en dus gebonden aan de contractuele voorwaarden, anderzijds wordt beslist over derdenwerking en is Ab.Fab dus niet rechtstreeks gebonden. Ik ga er hier vanuit dat Ab.Fab gebruiker is en geen abonnee. Contracten werken alleen tussen partijen. Die regel is niet in het huidige BW opgenomen; de artikelen 6:251-257 BW noemen alleen de gevallen waarin derden in ieder geval wel aan een contract tussen anderen zijn gebonden. Die gevallen zijn niet limitatief. Dit geval (een verbod van een bepaalde vorm van gebruik van voorzieningen van de wederpartij) valt niet onder de in de wet genoemde gevallen. Het lijkt het meest op de overgang van een kwalitatieve verplichting (art. 6:252 BW). De voorwaarden die aan die overgang zijn gesteld, lenen zich m.i. nauwelijks voor een analoge uitleg. Datzelfde geldt voor de voorwaarden die de HR terzake heeft gesteld in HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (Citrona). Het zou m.i. overigens vreemd zijn dat het Hof enerzijds zou besluiten tot niet-onrechtmatigheid en anderzijds tot derdenwerking. Vgl. over de samenloop van beide rechtsmiddelen verder Vranken in *WPNR* 2002/6472.

22. Ik ben hier niet ingegaan op de Wbp als rechtsmiddel en verwijs daarvoor naar de uitgebreide analyse van R. Lodder en J.P.R. Bergfeld, in: 'De moeizame strijd tegen spam', *NJB* 2002, afl. 22, p. 1057 en naar de annotatie van [W.A.M. Steenbruggen](#) onder de zaak Teleatlas in dit nummer.
