



## **Kritiek op cassatie in spamzaak is onzinning**

verschenen in: *Netkwesties*, 26 september 2002.

### **E.J. Dommering**

**Alberdingk Thijm vindt dat de cassatie in de spamzaak onnodig, onzinnig, onwenselijk en onverstandig is. Zijn kritiek laat zich met een bijvoegelijk naamwoord afdoen: onzinnig.**

De stevige kwalificaties zijn niet van mij maar van Christiaan Alberdingk Thijm (hierna: CAT) die ze gebruikt om het door XS4All ingestelde cassatie beroep in de Ab.Fab zaak af te doen. Aangezien ik als advocaat voor XS4All in die zaak optreed zult u begrijpen dat ik mij door dat stukje voel aangesproken. CAT had zijn stukje nog niet geschreven of de Voorzieningenrechter (zo heet de Kort Geding rechter tegenwoordig in het nieuwe juridische mandarijnen proza) in Almelo sprak een verbod uit in een spamzaak. De Staat was eiser in die zaak en kwam op voor de bescherming van de e-mailboxen van de kamerleden die plat gespamd werden door Dr Matthias Wilfred Rath, handelaar in vitaminepillen die lobbyt voor soepele wetgeving met betrekking tot deze producten die zich in het schemergebied van de geneesmiddelen en placebo's (substituut voor geneesmiddelen) bevinden. De Staat had aangevoerd dat hij hoge kosten moest maken om de e-mailboxen door middel van een filter te kunnen beveiligen en dat de spam, gelet op de hoeveelheid daarvan, overlast voor de kamerleden veroorzaakte. De zaak onderscheidt zich dus in zoverre van de XS4All zaak dat de ontvanger van de spam actie neemt, terwijl het in de XS4All zaak ging om de eigenaar van de systemen die e-maildiensten aan haar abonnees aanbiedt en opkomt voor de bescherming van de integriteit van deze systemen en deze dienst. Het door de Staat gevraagde verbod werd toegewezen.

CAT vindt dit soort acties bij de burgerlijke rechter op basis van onrechtmatige daad onnodig. Een actie uit onrechtmatige daad wil zeggen dat je als burger (onderneming) zelf het initiatief neemt om bij de rechter een verbod tegen een spammer te vragen omdat je vindt dat hij onrechtmatig jegens jou handelt. Daarmee is dan ook meteen aangegeven dat zo'n actie niet onnodig is. Het feit dat spam over een jaar verboden is, wil zeggen dat ook de Officier van Justitie kan optreden omdat spammen zonder toestemming dan een strafbaar feit is. Het een sluit het ander niet uit, temeer omdat we nog maar moeten afwachten hoe de regel 'spammen zonder toestemming mag niet' geïmplementeerd wordt. CAT geeft in dit verband ook een verkeerde voorstelling van zaken, omdat het feit dat piraterij strafbaar is niet betekent dat de rechthebbende zelf niet voor zijn rechten kan opkomen bij de voorzieningenrechter. Een groot deel van de kort geding praktijk over de inbreuk op intellectuele eigendomsrechten gaat over dit soort strafbare feiten. CAT doet dus beweringen die een gemiddelde advocaat niet voor zijn rekening zou durven nemen.

Onzinnig zou de actie volgens CAT zijn, omdat spam een wereldwijd verschijnsel is en daarom de daders niet zijn te pakken. Nu is het op internationale schaal plegen van onrechtmatige daad

niet iets nieuws en is in het algemeen de nationale rechter van het land waar de onrechtmatige daad haar gevolgen heeft, bevoegd een verbod daartegen te geven. De Rath zaak is een goed voorbeeld. Rath heeft domicilie buiten Nederland (Oostenrijk, Duitsland), maar de volgespamde e-mailboxen van de parlementsleden bevinden zich functioneel in Nederland en de rechter verbiedt daarom Rath zijn spamacties nog langer op dat doel in Nederland te richten. De XS4All zaak betrof een Nederlandse spamorganisatie en ging om de bescherming van de Nederlandse e-mailadressen. Er zullen wel moeilijk te vinden spammers in 'spamhavens' ergens in de wereld zijn, maar dat probleem kennen we al uit de tijd van het 'domainname grabbing'. Toch is er door middel van acties bij nationale kortgeding rechters een flink deel van het misbruik van de 'domeinroof' ingedamd. Het probleem doet zich natuurlijk ook voor met de handhaving van strafrechtelijke verboden, zodat CAT hier tweevoudige onzin beweert.

Het zou onwenselijk zijn dat ISP's hun systemen tegen misbruik beschermen door middel van een verbodsactie, want het Internet is voor iedereen toegankelijk, in CAT's woorden: 'zodat niets of niemand buitengesloten kan worden. Het internet doet wat gebruikers ervan haar vertellen wat het moet doen. Dat uitgangspunt heeft de geboorte van innovatieve diensten als e-mail mogelijk gemaakt'. Dit sprookje zal de direct mailorganisaties en bedrijven die in het Internet als een machtig direct mail medium zien als muziek in de oren klinken. Het internet doet wat wij het internet vertellen wat het moet doen, roepen zij in koor. Een druk op de knop en er gaat een e-commerce boodschap naar miljoenen e-mailboxen. Wat een innovatie! Wat een vooruitgang ten opzichte van dat rondsjouwen van papieren foldertjes die je overal met je vingertjes tussen de klep van de bus naar binnen moet frommelen.

En dan is het ook nog onverstandig, vindt CAT. Door voorwaarden te stellen aan de toegang tot haar netwerk wordt XS4All verantwoordelijk voor de boodschap. En hij noemt de postbode die 'geen boodschap heeft aan de boodschap'. Nu is het al sedert de uitvinding van de post zo dat de posterijen geen bombrieven of suspecte pakjes behoeven te bezorgen. Anthrax en kogelbrieven kunnen zij helaas niet onderscheppen. Ik gebruik deze onaangename voorbeelden om duidelijk te maken dat CAT in al zijn verstandigheid de inhoud van de boodschap verwacht met de verzending van boodschappen, waarvan onmiddellijk duidelijk is dat de verzending overlast of schade veroorzaakt. Of zoals de Almeloose rechter het in de Rath zaak zo precies zegt: "Ten overvloede overweegt de rechter dat een beroep op de vrijheid van meningsuiting niet op gaat. Voldoende is komen vast te staan dat het niet gaat om de inhoud van de e-mail, maar enkel om de hoeveelheid e-mail."

Al met al heeft Alberdingk Thijm een weinig doordacht stukje geschreven waarmee de discussie hoe wij met een volwassen Internet moeten omgaan, waar *thans* partijen met zeer tegenstrijdige belangen met elkaar zijn gaan communiceren, niet naar een hoger plan wordt getild. Ik denk dat de spamzaken juist aantonen dat wij opnieuw de juridische grenzen moeten verkennen hoe een vrij medium van commercialisering te behoeden. Dat is ook de inzet van XS4All in de spamzaak. Zij is immers altijd als eerste bij de nieuwe ontwikkelingen op het Internet betrokken!

---