

Hoge Raad, 12 maart 2004, XS4ALL v AB.FAB



EIGENDOM - PRESTATIEBESCHERMING

Inbreuk exclusief recht

- [Inbreuk op exclusief recht onrechtmatig behoudens rechtvaardigheidsgrond](#)

Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor - zoals in de regel het geval zal zijn - inbreuk maakt op dat exclusieve recht, handelt hij onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

- [onbestreden staat vast dat XS4ALL exclusieve rechten heeft op haar computercapaciteit, haar transmissiecapaciteit en haar klantenbestand \(haar computersysteem\)](#)

Aangezien als onbestreden vaststaat dat XS4ALL exclusieve rechten heeft op haar computercapaciteit, haar transmissiecapaciteit en haar klantenbestand (haar computersysteem), waarvan Ab.Fab tegen de haar kenbaar gemaakte wil van XS4ALL gebruik maakt, heeft het hof, dat klaarblijkelijk van een andere maatstaf is uitgegaan, daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

- [Geen 'dwanglicentie' doordat een redelijke vergoeding wordt aangeboden](#)

Daarnaast heeft Ab.Fab betoogd dat zij heeft aangeboden de kosten te vergoeden van het gebruik dat zij van het computersysteem van XS4ALL maakt. Ook dit aanbod kan de onderhavige inbreuk op de exclusieve rechten van XS4ALL niet rechtvaardigen omdat een exclusief gerechtigde niet door een zodanig aanbod kan worden gedwongen een gebruik van haar goed te dulden waaraan hij niet wenst mee te werken.

SPAM

[Artikel 11.7\(1\) Telecommunicatiewet ziet niet op elektronisch verzonden reclame](#)

Het onderdeel bestrijdt - terecht - niet 's hofs oordeel dat noch de tekst, noch de geschiedenis van art. 11.7 lid

1 Tw aanleiding geeft te veronderstellen dat deze bepaling mede betrekking heeft op elektronisch verzonden berichten, terwijl uit de daaraan ten grondslag liggende Europese richtlijnen 97/7/EG en 97/66/EG moet worden afgeleid dat dit inderdaad niet het geval is. De enkele omstandigheid dat de Europese richtlijn 2002/58/EG (Pb EG 2002, L 201) het onderwerp van de elektronische reclame alsnog regelt op een tot dan in Nederland en elders in Europa niet algemeen gangbare wijze (namelijk door invoering van een genuanceerd opt-in-systeem), is onvoldoende grond om tot een andere uitleg van art. 11.7 lid 1 Tw te komen. Zoals ook door de minister is opgemerkt bij de behandeling van het wetsvoorstel tot implementatie van deze richtlijn in de Nederlandse wetgeving (Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 7, blz. 3), is die richtlijn niet onvoorwaardelijk geformuleerd en is zij evenmin voldoende nauwkeurig om rechtstreekse werking te hebben.

PROCESRECHT

Spoedeisend belang

[Spoedeisend belang vanwege stelselmatige inbreuk op een subjectief recht waarvan de eisende partij doorlopend schade ondervindt.](#)

Ab.Fab heeft in het principaal appel in de eerste plaats het spoedeisend belang van XS4ALL bij de door haar gevraagde voorzieningen betwist. Dit verweer gaat niet op omdat indien, zoals in het onderhavige geval, in kort geding een voorziening wordt gevraagd die ertoe strekt een einde te maken aan handelingen die zijn aan te merken als stelselmatige inbreuk op een subjectief recht waarvan de eisende partij doorlopend schade ondervindt, het alleszins voor de hand ligt dat deze partij een spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen (HR 22 januari 1998, nr. 16495, NJ 2000, 544 en HR 19 juni 2001, nr. C 99/218, NJ 2001, 602). De omstandigheid dat Ab.Fab heeft aangeboden de van haar afkomstige berichten zodanig te versleutelen dat zij voor XS4ALL eenvoudig zijn te filteren, doet daaraan niet af, nu Ab.Fab niet heeft aangeboden het verzenden van zodanige berichten te staken; haar processuele opstelling impliceert veeleer dat zij deze verzending juist wenst voort te zetten.

Vindplaatsen: [AN8483](#)

Hoge Raad, 12 maart 2004

(P. Neleman, H.A.M. Aaftink, A.M.J. van Buchem-Spangens, P.C. Kop en F.B. Bakels)

12 maart 2004

Eerste Kamer

Nr. C02/264HR

Arrest

in de zaak van:

1. XS4ALL INTERNET B.V., gevestigd te Amsterdam,
2. [eiser 2], wonende te [woonplaats],
3. [eiser 3], wonende te [woonplaats],
4. [eiser 4], wonende te [woonplaats], België?,

5. [eiser 5], wonende te [woonplaats],
EISERS tot cassatie,
advocaat: aanvankelijk mr. E.D. Vermeulen, thans mr.
K.G.W. van Oven,
t e g e n

1. AB.FAB INTERACTIVE MEDIA GROUP B.V.
2. AB.FAB B.V., voorheen of tevens handelend onder
de naam ab.fab New Generation Advertising bv,
beide gevestigd te Amsterdam,
VERWEERSTERS in cassatie,
niet verschenen.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eisers tot cassatie - verder tezamen aangeduid als:
XS4ALL c.s. - hebben bij exploit van 30 januari 2002
verweersters in cassatie - verder te noemen: Ab.Fab - in
kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter
bij de rechtbank te Amsterdam en gevorderd:

1. Ab.Fab te verbieden commerciële e-mailberichten te
(doen) verzenden, al dan niet namens derden, naar (e-
mailadressen van) gebruikers en/of klanten en/of abon-
nees van eiseres tot cassatie sub 1 - verder te noemen:
XS4ALL - voor zover deze niet expliciet en per geval
aantoonbaar hebben ingestemd met het ontvangen van
dergelijke berichten, onder verbeurte van een terstond
opeisbare dwangsom van ? 500,-- per e-mailbericht, tot
een maximum van ? 5 miljoen, waarbij onder gebruiker
en/of klant en/of abonnee van XS4ALL tenminste
wordt verstaan:

a. Iedere houder van een e-mailadres dat eindigt op een
domeinnaam waarin het woord XS4ALL voorkomt,
waaronder in elk geval de domeinnamen xs4all.nl,
xs4all.com, xs4all.net, xs4all.org, xs4all.co.uk,
xs4all.be, alsmede de domeinnaam hacktic.nl;

b. Iedere houder van een e-mailadres dat eindigt op een
domeinnaam waarvan XS4ALL in de relevante whois-
gegevens wordt genoemd als Technical Contact; en

c. Iedere houder van een e-mailadres dat eindigt in een
domeinnaam waarvan de MX-record een IP-nummer
heeft dat blijktens de RIPE-databank
(<http://www.ripe.net>) staat geregistreerd op naam van
XS4ALL; althans naar de e-mailadressen van eisers tot
cassatie sub 2 tot en met 5 (verder ook te noemen: [ei-
ser] c.s.);

2. Ab.Fab te gebieden de inbreuk op het merk XS4ALL
te staken en gestaakt te houden, onder verbeurte van
een terstond opeisbare dwangsom van € 500,-- per ge-
beurtenis, tot een maximum van € 500.000,-- , waarbij
onder inbreuk in elk geval zal worden verstaan het ver-
zenden van ongevraagde commerciële e-mail naar een
adres waarin het merk "XS4ALL" voorkomt;

3. Ab.Fab tevens te verbieden zich indirect, via tussen-
personen, andere rechtspersonen of hoe dan ook, in te
laten met activiteiten zoals hierboven onder 1 en 2 om-
schreven, onder verbeurte van een terstond opeisbare
dwangsom zoals hierboven per geval omschreven.

Ab.Fab heeft de vordering bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 7 maart
2002:

1. Ab.Fab verboden commerciële e-mailberichten te
(doen) verzenden, al dan niet namens derden, naar (e-
mailadressen van) gebruikers en/of klanten en/of abon-

nees van XS4ALL, op verbeurte van een dwangsom
van € 50,-- per e-mailbericht, tot een maximum van €
2.500.000,-- , waarbij onder gebruiker en/of klant en/of
abonnee van XS4ALL tenminste wordt verstaan:

iedere houder van een e-mailadres dat eindigt op een
domeinnaam waarin het woord XS4ALL voorkomt,
waaronder in elk geval de domeinnamen xs4all.nl,
xs4all.com, xs4all.net, xs4all.org, xs4all.co.uk,
xs4all.be, alsmede de domeinnaam hacktic.nl;

2. de door [eiser] c.s. gevraagde voorziening geweig-
erd;

3. het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Ab.Fab hoger beroep ingesteld
bij het gerechtshof te Amsterdam (ingeschreven onder
rolnummer 468/02 SKG). XS4ALL heeft incidenteel
hoger beroep ingesteld.

Tegen het vonnis van de voorzieningenrechter, voorzo-
ver gewezen tussen [eiser] c.s. als eiser en Ab.Fab als
gedaagde, hebben ook [eiser] c.s. hoger beroep inge-
steld (ingeschreven onder rolnummer 543/02 KG).

Ter terechtzitting van 19 juni 2002 heeft het hof op de
voet van art. 222 Rv. de voeging van de beide zaken
uitgesproken.

Bij arrest van 18 juli 2002 heeft het hof in de zaak met
rolnummer 468/02 SKG het vonnis waarvan beroep
vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de gevraagde
voor-zieningen geweigerd. In de zaak met rolnummer
543/02 KG heeft het hof het vonnis waarvan beroep
bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben XS4ALL c.s. be-
roep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is
aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen de niet verschenen Ab.Fab is verstek verleend.

De zaak is voor XS4ALL namens hun advocaat toege-
licht door mr. E.J. Dommering, advocaat te
Amsterdam.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper](#)
strekt tot vernietiging van het bestreden
arrest, met verwijzing van de zaak en beslissing over de
kosten als gebruikelijk. De advocaat van XS4ALL en
[eiser] c.s. heeft bij brief van 28 november 2003 op de-
ze conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van de middelen

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) XS4ALL is een internet service provider, dat wil
zeggen dat zij internetdiensten aanbiedt aan haar klan-
ten, waaronder het transport van e-mailberichten naar
haar klanten.

[Eiser] c.s. zijn klanten van XS4ALL.

(ii) XS4ALL sluit overeenkomsten met haar klanten.
Van die overeenkomsten maken algemene voorwaar-
den onderdeel uit waarin - in art. 4.3 - onder meer is
opgenomen dat het de klant niet is toegestaan het sys-
teem en de schijfruimte te gebruiken voor spamming:
het ongevraagd verzenden van grote hoeveelheden e-
mail met dezelfde inhoud.

(iii) XS4ALL heeft geen wettelijke vervoersplicht. Zij
wil niet alle e-mail berichten afleveren die haar worden

aangeboden, maar alleen die berichten waarom haar klanten hebben gevraagd.

(iv) Ab.Fab drijft een onderneming die zich bezighoudt met direct marketing. Zij is gespecialiseerd in het aanbieden van direct mail (reclameboodschappen) via het internet (e-DM). Zij zendt op verzoek van haar opdrachtgevers aan grote aantallen geadresseerden commerciële e-mail, ook als de geadresseerden haar daarvoor geen toestemming hebben gegeven. Zij onderhoudt daartoe een bestand met e-mailadressen. Bij haar mailings maakt zij uit haar adressenbestand een gerichte selectie. Aan de ontvangers van de door haar verzonden berichten biedt zij de mogelijkheid bezwaar te maken tegen toezending van ongevraagde e-mail in de toekomst (unsubscribe). Deze werkwijze wordt aangeduid als het opt-out-systeem. Een door Ab.Fab niet gekozen alternatief voor deze werkwijze is het zogeheten opt-in-systeem, waarin e-mails met reclamemateriaal alleen worden toegezonden aan personen die daarvoor tevoren hun toestemming hebben gegeven.

3.2 In dit kort geding hebben XS4ALL en [eiser] c.s. hun hiervoor onder 1 weergegeven vorderingen gebaseerd op het feit dat Ab.Fab zich bezighoudt met spamming. Daardoor wordt inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de ontvangers, die daarvan bovendien hinder ondervinden en daardoor kosten moeten maken. XS4ALL stelt dat zij schade lijdt door de handelwijze van Ab.Fab doordat zij filters moet plaatsen om ongewenste spam te weren, extra mailservers moet kopen en capaciteit moet inhuren om de - onder meer - door Ab.Fab verzonden reclameboodschappen te verwerken en zoveel mogelijk te weren. Verder moet zij extra personeel in dienst nemen om zowel dit laatste te doen als om ontevreden klanten te woord te staan. Voorts lijdt zij reputatieschade door toedoen van onder meer Ab.Fab. Zij profileert zich immers als een provider die de privacy van haar klanten garandeert. Omdat zij daarin niet volledig slaagt en sommige van haar klanten vanwege de ontvangst van spam hun abonnement bij XS4ALL opzeggen, lijdt zij bovendien omzetschade.

XS4ALL en [eiser] c.s. beroepen zich tegen deze achtergrond erop dat (a) Ab.Fab door haar activiteiten inbreuk maakt op de relationele privacy van de klanten, (b) zoals deze meer specifiek is geregeld en van waarborgen voorzien in art. 11.7 lid 1 van de Telecommunicatiewet (Tw). (c) Voorts stellen zij dat de wijze waarop Ab.Fab de e-mailgegevens van klanten verwerkt, in strijd is met de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) (d) alsmede dat Ab.Fab handelt in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer op het internet betaamt, met name omdat zij een opt-out-systeem hanteert in plaats van een opt-in-systeem. (e) Ten slotte voeren zij aan dat Ab.Fab onrechtmatig jegens hen handelt door misbruik te maken van de voorzieningen van XS4ALL, waardoor zowel XS4ALL zelf als [eiser] c.s. kosten moet(en) maken terwijl het netwerk van XS4ALL, zoals Ab.Fab weet, niet voor het verzenden van spam is bedoeld en (f) dat Ab.Fab onrechtmatig binnendringt in het klantenbe-

stand en de organisatie van XS4ALL, waardoor laatstgenoemde schade lijdt.

3.3 Ab.Fab heeft de verlangde voorzieningen bestreden. Voor zover in cassatie nog van belang heeft zij daartoe aangevoerd dat [eiser] c.s. daarbij geen belang hebben, nu zij geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid te unsubscribe. Wat betreft de door XS4ALL verlangde voorzieningen heeft zij aangevoerd dat zij zich niet bezighoudt met spamming, maar met electronic direct marketing (e-DM). De kosten voor de ontvanger daarvan zijn verwaarloosbaar klein. Ook de voor XS4ALL daardoor veroorzaakte kosten zijn minimaal, waarbij nog komt dat Ab.Fab aan XS4ALL heeft aangeboden 'digitale postzegels' te kopen, op welk aanbod XS4ALL niet is ingegaan. Ab.Fab heeft voorts bestreden dat art. 11.7 Tw van toepassing is op e-DM zoals zij die bedrijft en heeft daaraan toegevoegd dat zij geen (onaanvaardbare) inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de geadresseerde. Evenmin handelt zij in strijd met de Wbp; zij voldoet aan alle richtlijnen die in de branche dienaangaande zijn overeengekomen. Ab.Fab heeft verder bestreden dat XS4ALL reputatieschade lijdt als gevolg van haar activiteiten. Evenmin lijdt XS4ALL daardoor vermogensschade, aldus nog steeds Ab.Fab, omdat Ab.Fab geen noemenswaardig beslag legt op haar computersystemen. Voorts heeft zij betwist dat zij inbreuk heeft gemaakt op het klantenbestand en de organisatie van XS4ALL.

3.4 De voorzieningenrechter heeft de door [eiser] c.s. verlangde voorzieningen geweigerd omdat zij daarbij geen belang hebben, nu zij geen gebruik hebben gemaakt van de hun geboden gelegenheid te unsubscribe. De door XS4ALL gevraagde voorzieningen werden echter in overwegende mate toegewezen op grond van de overweging dat XS4ALL in haar algemene voorwaarden heeft duidelijk gemaakt dat zij belang eraan hecht dat haar klanten gevrijwaard blijven van ongevraagde reclame via e-mail en dat, nu XS4ALL een dergelijk verbod oplegt aan haar eigen klanten, zij ook aan derden zoals Ab.Fab kan verbieden via haar systemen ongevraagd reclameberichten te zenden aan haar klanten. De overige door XS4ALL aangevoerde gronden voor de door haar verlangde voorzieningen zijn door de voorzieningenrechter onbesproken gelaten. In hoger beroep heeft het hof de door de voorzieningenrechter gehanteerde grond voor toewijzing van de gevraagde voorzieningen ondeugdelijk bevonden. Ook de overige door XS4ALL en [eiser] c.s. daartoe aangevoerde gronden waren volgens het hof ongenoegzaam. Het hof heeft daaraan toegevoegd het oordeel van de voorzieningenrechter te onderschrijven dat [eiser] c.s. geen spoedeisend belang bij hun vorderingen hebben, gelet op de door hen niet-benutte mogelijkheid te unsubscribe die Ab.Fab hun biedt. Daarom heeft het hof in het hoger beroep, voorzover door [eiser] c.s. aangevraagd, het bestreden vonnis bekrachtigd maar in het hoger beroep, voorzover door XS4ALL aangevraagd, het in eerste aanleg gewezen vonnis vernietigd en ook de door XS4ALL gevorderde voorzieningen alsnog geweigerd.

3.5 In cassatie hebben XS4ALL en [eiser] c.s. drie middelen tegen deze beslissing en de daartoe door het hof gehanteerde gronden aangevoerd. Middel I is gericht tegen de inleidende opmerkingen waarvan het hof zich in rov. 4.2 heeft bediend (onderdeel 1), tegen 's hofs beslissing dat art. 11.7 Tw en de Europese richtlijnen waarop deze bepaling is gebaseerd, in het onderhavige geding niet van toepassing zijn (onderdeel 2) en tegen 's hofs oordeel over hun beroep op het in art. 8 EVRM besloten liggende recht op privacy (onderdeel 3). Middel II keert zich in zijn beide onderdelen tegen 's hofs beslissing over de Wbp. Middel III ten slotte komt op tegen 's hofs oordeel dat Ab.Fab niet onrechtmatig jegens XS4ALL heeft gehandeld door, tegen haar kenbaar gemaakte wil, haar computersysteem te gebruiken om commerciële e-mailberichten naar haar klanten te sturen, waardoor XS4ALL schade lijdt.

3.6 Voordat deze middelen worden beoordeeld, wordt vooropgesteld dat in cassatie geen klacht is gericht tegen de overweging in het bestreden arrest dat de gevraagde voorzieningen, voor zover het [eiser] c.s. betreft, mede worden geweigerd wegens het ontbreken van een (spoedeisend) belang daarbij. Aangezien deze overweging de beslissing van het hof ten opzichte van [eiser] c.s. zelfstandig draagt, hebben [eiser] c.s. geen belang bij de door de middelen naar voren gebrachte klachten, zodat de middelen niet tot cassatie kunnen leiden voorzover het beroep door hen is ingesteld.

De middelen behoeven derhalve slechts beoordeling voorzover zij de verhouding tussen XS4ALL en Ab.Fab betreffen.

3.7 Onderdeel 1 van middel I faalt. Het onderdeel strekt kennelijk ertoe dat het hof ten onrechte met zijn in rov. 4.2 gemaakte opmerkingen van algemene aard, bepaalde - door het onderdeel overigens niet gespecificeerde - stellingen of gronden van de vordering heeft afgedaan. Het mist echter feitelijke grondslag omdat het hof in het vervolg van zijn arrest alle door XS4ALL aan haar vorderingen ten grondslag gelegde stellingen afzonderlijk heeft beoordeeld.

3.8 Onderdeel 2 van het middel is gericht tegen 's hofs oordeel dat - kort gezegd - noch de tekst, noch de geschiedenis van art. 11.7 lid 1 Tw aanleiding geeft te veronderstellen dat het daarin verboden gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst voor het doen van ongevraagde oproepen voor commerciële doeleinden zonder voorafgaande toestemming, ook betrekking heeft op elektronisch verzonden berichten. Uit de aan die bepaling ten grondslag liggende Europese richtlijnen moet worden afgeleid dat dit inderdaad niet het geval is, zo stelt het hof. De omstandigheid dat sommige lidstaten bij de implementatie van deze richtlijnen voor een ruimere beschermingsomvang zouden hebben gekozen, noopt niet tot een andere uitleg van de onderhavige wetsbepaling (rov. 4.3.1- 4.3.8).

Het onderdeel voert daartegen aan, samengevat weergegeven, dat het hof de uitleg van de onderhavige wetsbepaling ten onrechte heeft gefixeerd naar de stand van de technologie op het moment van de totstandko-

ming daarvan, in plaats van het nationale recht zoveel mogelijk conform nieuwe richtlijnen op het onderhavige terrein uit te leggen.

3.9 Het onderdeel stuit reeds af op art. 407 lid 2 Rv. nu het niet specificeert op welke nieuwe richtlijnen het doelt en evenmin uiteenzet op welke gronden die nieuwe richtlijnen tot een wijziging van de uitleg van de onderhavige wetsbepaling zouden moeten leiden.

Ten overvloede wordt nog als volgt overwogen. Het onderdeel bestrijdt - terecht - niet 's hofs oordeel dat noch de tekst, noch de geschiedenis van art. 11.7 lid 1 Tw aanleiding geeft te veronderstellen dat deze bepaling mede betrekking heeft op elektronisch verzonden berichten, terwijl uit de daaraan ten grondslag liggende Europese richtlijnen 97/7/EG en 97/66/EG moet worden afgeleid dat dit inderdaad niet het geval is. De enkele omstandigheid dat de Europese richtlijn 2002/58/EG (Pb EG 2002, L 201) het onderwerp van de elektronische reclame alsnog regelt op een tot dan in Nederland en elders in Europa niet algemeen gangbare wijze (namelijk door invoering van een genuanceerd opt-in-systeem), is onvoldoende grond om tot een andere uitleg van art. 11.7 lid 1 Tw te komen. Zoals ook door de minister is opgemerkt bij de behandeling van het wetsvoorstel tot implementatie van deze richtlijn in de Nederlandse wetgeving (Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 7, blz. 3), is die richtlijn niet onvoorwaardelijk geformuleerd en is zij evenmin voldoende nauwkeurig om rechtstreekse werking te hebben.

3.10 Onderdeel 3 stelt in de kern dat het hof in rov. 4.5 van zijn arrest ten onrechte geen aandacht heeft besteed aan het beroep dat XS4ALL heeft gedaan op de in art. 8 EVRM besloten liggende algemene norm die strekt tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer, althans dat het hof zijn oordeel dienaangaande onvoldoende heeft gemotiveerd.

Voorzover het onderdeel aanvoert dat het hof geen aandacht heeft besteed aan het beroep dat XS4ALL heeft gedaan op art. 8 EVRM, mist het feitelijke grondslag omdat het hof in rov. 4.5.2 heeft overwogen dat de stellingen van XS4ALL te weinig specifiek zijn om het door haar gevorderde verbod rechtstreeks op deze bepaling te kunnen gronden, terwijl de Wet bescherming persoonsgegevens, aldus nog steeds het hof, hoewel deze een meer specifiek beoordelingskader bevat, daartoe geen toereikende grondslag biedt. Voor zover het onderdeel wil betogen dat het hof in zijn motiveringsplicht is tekortgeschoten, faalt het omdat het zojuist weergegeven oordeel alleszins begrijpelijk is en het hof in dit kort geding tegenover het in zoverre algemene betoog van XS4ALL niet tot een verdergaande motivering was gehouden. Voor zover het onderdeel ten slotte ertoe strekt dat het hof ambtshalve had moeten onderzoeken of in de gestelde feiten een grondslag kon worden gevonden voor de aangevoerde schending van de onderhavige verdragsbepaling, stuit het erop af dat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat de stellingen die XS4ALL in dit verband heeft aangevoerd, onvoldoende waren gepreciseerd om, naast de door het hof uitvoerig verrichte toetsing aan

art. 11.7 Tw, de stellingen van XS4ALL nader te toetsen aan het meer algemene art. 8 EVRM.

3.11 Middel I faalt dus in zijn geheel.

3.12 Middel II is in zijn beide onderdelen gericht tegen de beoordeling die het hof in rov. 4.4 van zijn arrest heeft gegeven van het beroep dat XS4ALL heeft gedaan op de Wet bescherming persoonsgegevens. Deze beoordeling berust op twee zelfstandige gronden. In de eerste plaats heeft het hof uitvoerig de belangen van Ab.Fab afgewogen tegenover de belangen van degenen aan wie zij haar reclamemateriaal toezendt (rov. 4.4.4.1-4.4.4.8). De gevolgtrekking uit deze afweging was, dat Ab.Fab niet jegens [eiser] c.s. in strijd met de onderhavige wet heeft gehandeld. In de tweede plaats heeft het hof overwogen dat op grond van art. 50 lid 1 Wbp alleen degene ten aanzien van wie in strijd met deze wet is gehandeld en die daardoor in zijn belangen is aangetast, op grond van deze wet jegens Ab.Fab civielrechtelijk kan optreden. Daarom kan XS4ALL in elk geval geen vorderingsrecht jegens Ab.Fab ontleen aan de onderhavige, gestelde, overtredingen van de Wet bescherming persoonsgegevens (rov. 4.4.9).

3.13 Onderdeel 2 van het middel is gericht tegen 's hofs oordeel dat art. 50 lid 1 Wbp in de weg staat aan het treffen van de gevraagde voorzieningen op de onderhavige grondslag ten behoeve van XS4ALL. Volgens het onderdeel is dit oordeel om twee redenen onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd: (i) art. 50 Wbp verzet zich niet ertegen dat XS4ALL voor het groepsbelang van haar klanten als eigen belang zou kunnen opkomen en staking van de schending van de Wbp zou mogen vorderen; (ii) het gaat hier om een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering "waarbij, behalve op art. 8 EVRM - een algemene zorgvuldigheidsnorm - een beroep is gedaan op specifieke rechtsplichten die een reflexwerking uitoefenen op de invulling van het onrechtmatige daadscriterium", zo stelt het onderdeel.

Argument (i) faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag omdat het beroep op de Wet bescherming persoonsgegevens ook voor zover het XS4ALL betreft in de processtukken van de eerste aanleg - evenals trouwens in hoger beroep - aldus is geformuleerd, dat de onderhavige - gestelde - schending tegenover XS4ALL onrechtmatig is, zonder dat daaraan is toegevoegd dat XS4ALL in zoverre voor het groepsbelang van haar klanten opkwam. Deze stukken laten geen andere uitleg toe dan dat XS4ALL (ook) in zoverre voor zichzelf optrad. Voor zover het onderdeel op de gedachte berust dat toelaatbaar is in cassatie alsnog namens haar klanten op te treden, miskent het dat een procespartij noch door wijziging van eis, noch anderszins, in hoger beroep of in cassatie als procespartij in een andere hoedanigheid kan optreden dan die waarin hij zijn vordering in eerste aanleg heeft ingesteld (vgl. 14 mei 1965, NJ 1965, 361, HR 2 april 1993, nr. 14936, NJ 1993, 573 en HR 21 november 2003, nr. C01/328HR, LJN AJ 0498).

Argument (ii) kan om de hiervoor in 3.10 genoemde redenen geen doel treffen voor zover het een beroep doet op de algemene zorgvuldigheidsnorm die is belichaamd in art. 8 EVRM. Voor zover het is gebaseerd

op art. 11.7 lid 1 Tw, loopt dit argument vast op hetgeen hiervoor in 3.9 ten overvloede is overwogen.

3.14 Het oordeel van het hof dat gezien art. 50 Wbp, alleen degenen ten opzichte van wie in strijd is gehandeld met de bepalingen van de onderhavige wet, op grond daarvan een vordering kunnen instellen, wordt door onderdeel 2 van het middel dus tevergeefs aangevallen. Daarom behoeft de andere klacht van het onderdeel geen behandeling, evenmin als onderdeel 1. Middel II is dus eveneens in zijn geheel ondeugdelijk.

3.15 Middel III is gericht tegen 's hofs oordeel in de rov. 4.6.2 en 4.6.3 van zijn arrest dat uit het enkele feit dat XS4ALL rechthebbende is op haar computercapaciteit, haar transmissiecapaciteit en haar klantenbestand, niet zonder meer voortvloeit dat zij het gebruik dat Ab.Fab van haar voorzieningen maakt, kan tegenhouden. Niet ieder gebruik van de haar toekomstige voorzieningen tegen haar wil kan immers als een inbreuk op haar rechten worden beschouwd; het gaat veeleer om de vraag of het 'gebruik' door Ab.Fab van die voorzieningen, gelet op de specifieke omstandigheden van het geval, onrechtmatig is jegens XS4ALL. De aard van de dienstverlening van XS4ALL en de toenemende maatschappelijke betekenis daarvan, brengen mee dat gebruik van die voorzieningen door derden ten behoeve van verzending van die e-mailberichten, niet snel kan worden aangemerkt als strijdig met de rechten van XS4ALL. Ook al heeft XS4ALL geen wettelijke vervoersplicht, toch past het bij de publieke dienstverlening waarvan in dit geding sprake is, dat de vrijheid die XS4ALL voor zichzelf als rechthebbende/eigenaar opeist, aan zekere beperkingen is gebonden, zo overwoog het hof.

Onderdeel 1 van het middel voert daartegen in de kern aan dat de door het hof in deze overwegingen gehanteerde maatstaf onjuist is, nu sprake is van een rechtstreekse en opzettelijke inbreuk op de exclusieve rechten van XS4ALL.

3.16 Het onderdeel is gegrond. Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor - zoals in de regel het geval zal zijn - inbreuk maakt op dat exclusieve recht, handelt hij onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Aangezien als onbestreden vaststaat dat XS4ALL exclusieve rechten heeft op haar computercapaciteit, haar transmissiecapaciteit en haar klantenbestand (haar computersysteem), waarvan Ab.Fab tegen de haar kenbaar gemaakte wil van XS4ALL gebruik maakt, heeft het hof, dat klaarblijkelijk van een andere maatstaf is uitgegaan, daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

3.17 Nu onderdeel 1 slaagt, behoeven de overige onderdelen van middel III geen behandeling.

3.18 De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Ab.Fab heeft in het principaal appel in de eerste plaats het spoedeisend belang van XS4ALL bij de door haar gevraagde voorzieningen betwist. Dit verweer gaat niet op omdat indien, zoals in het onderhavige geval, in kort geding een voorziening wordt gevraagd die ertoe strekt

een einde te maken aan handelingen die zijn aan te merken als stelselmatige inbreuk op een subjectief recht waarvan de eisende partij doorlopend schade ondervindt, het alleszins voor de hand ligt dat deze partij een spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen (HR 22 januari 1998, nr. 16495, NJ 2000, 544 en HR 19 juni 2001, nr. C 99/218, NJ 2001, 602). De omstandigheid dat Ab.Fab heeft aangeboden de van haar afkomstige berichten zodanig te versleutelen dat zij voor XS4ALL eenvoudig zijn te filteren, doet daaraan niet af, nu Ab.Fab niet heeft aangeboden het verzenden van zodanige berichten te staken; haar processuele opstelling impliceert veeleer dat zij deze verzending juist wenst voort te zetten.

Ter rechtvaardiging van haar handelen heeft Ab.Fab voorts aangevoerd dat door een verbod als thans gevorderd, inbreuk wordt gemaakt op haar door art. 10 EVRM beschermde recht op uitingsvrijheid. Ook dit verweer kan geen doel treffen. Dit grondrecht kan immers in beginsel niet dienen ter rechtvaardiging van een inbreukmakend gebruik van een goed waarop een ander exclusieve rechten heeft.

Daarnaast heeft Ab.Fab betoogd dat zij heeft aangeboden de kosten te vergoeden van het gebruik dat zij van het computersysteem van XS4ALL maakt. Ook dit aanbod kan de onderhavige inbreuk op de exclusieve rechten van XS4ALL niet rechtvaardigen omdat een exclusief gerechtigde niet door een zodanig aanbod kan worden gedwongen een gebruik van haar goed te dulden waaraan hij niet wenst mee te werken.

Ten slotte heeft Ab.Fab bestreden dat XS4ALL door haar handelwijze schade lijdt. Ook dit verweer kan haar niet baten, reeds omdat het onverenigbaar is met haar zojuist besproken aanbod de kosten te vergoeden die XS4ALL moet maken ten gevolge van het gebruik door Ab.Fab van haar computersysteem.

Nu de grieven in het principaal appel falen, behoeven de grieven in het - kennelijk voorwaardelijk ingestelde - incidenteel appel geen beoordeling. Gezien dit alles dient, met vernietiging van het bestreden arrest, het door de voorzieningenrechter gewezen vonnis te worden bekrachtigd.

3.19 Ab.Fab moet als de in het ongelijk gestelde partij tegenover XS4ALL in de kosten worden veroordeeld die in hoger beroep en cassatie aan de zijde van laatstgenoemde zijn gemaakt. Aangezien het cassatieberoep, voor zover dat mede door [eiser] c.s. is ingesteld, om de hiervoor in 3.6 genoemde reden moet worden verworpen, dienen [eiser] c.s. tegenover Ab.Fab in de kosten te worden veroordeeld die in cassatie zijn gemaakt. Deze kosten zullen worden gesteld op nihil, reeds omdat [eiser] c.s. en XS4ALL zich in cassatie van dezelfde stellingen en wenen hebben bediend en Ab.Fab dus geen extra kosten heeft moeten maken doordat ook [eiser] c.s. tegen het door het hof gewezen arrest in cassatie zijn gekomen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

in het geding tussen [eiser] c.s. en Ab.Fab:
verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op heden aan de zijde van Ab.Fab begroot op nihil;

in het geding tussen XS4ALL en Ab.Fab:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 18 juli 2002;

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter te Amsterdam van 7 maart 2002;

veroordeelt Ab.Fab in de kosten van het geding in hoger beroep en in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van XS4ALL begroot op

- in hoger beroep: ? 230,-- aan verschotten en ? 2.313,-- voor salaris;

- in cassatie: ? 392,15 aan verschotten en ? 1.590,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren H.A.M. Aaftink, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadshere A. Hammerstein op 12 maart 2004.

Conclusie Advocaat-Generaal Huydecoper

Feiten en procesverloop

1) Ik zal eiseres tot cassatie sub 1 hierna "XS4ALL" noemen, de eisers sub 2-4 "[eiser] c.s.", de gezamenlijke eisers als "XS4ALL c.s.", en de (niet verschenen) verweerders: "Ab.Fab".

Het gaat in deze zaak om de vraag of er grond is om Ab.Fab te verbieden aan klanten van XS4ALL ongevraagd en zonder voorafgaande toestemming commerciële e-mailberichten te zenden (rov. 4.2.2 van het bestreden arrest).

) De in cassatie tot uitgangspunt te nemen feiten komen op het volgende neer (zie rov. 4.1.1 - 4.1.3 van het bestreden arrest)(2):

- XS4ALL is een internet-serviceprovider (ISP). Zij biedt internetdiensten aan, waaronder het transport van e-mailberichten naar haar klanten. XS4ALL sluit daartoe overeenkomsten met haar klanten. Van die overeenkomsten maken algemene voorwaarden deel uit.

- [eiser] c.s. zijn klanten van XS4ALL.

- Ab.Fab drijft een onderneming die zich bezighoudt met direct-marketing. Zij is gespecialiseerd in het aanbieden van direct-mail (reclame)bodschappen via het internet (zij noemt dat e-DM). Zij zendt op verzoek van haar opdrachtgevers aan een groot aantal geadresseerden commerciële e-mails, ook als de geadresseerden daarvoor geen toestemming hebben gegeven. Zij onderhoudt daartoe een bestand met e-mailadressen. Bij haar mailings maakt zij uit haar adressenbestand een gerichte selectie. Aan de ontvangers van de door haar verzonden berichten biedt zij de mogelijkheid bezwaar te maken tegen toezending van ongevraagde e-mail in de toekomst (door Ab.Fab ook omschreven als "unsubscribe"). Deze werkwijze wordt aangeduid als het opt-outsysteem(3).

- XS4ALL heeft grote bezwaren tegen het vervoeren van ongevraagde commerciële e-mails naar de e-

mailadressen van haar klanten. Dit schaadt volgens XS4ALL o.m. haar eigen reputatie (en dus haar commerciële belang) nu zij zich in de markt presenteert als een internet-serviceprovider die de bescherming van de privacy van haar klanten hoog in het vaandel heeft.

- Ook [eiser] c.s. hebben bezwaar tegen de werkwijze van Ab.Fab.

3) XS4ALL c.s. hebben in het onderhavige kort geding, naar de kern genomen, gevorderd dat Ab.Fab zou worden verboden per e-mail reclameboodschappen te zenden aan klanten van XS4ALL die daarvoor geen toestemming hebben gegeven.

In de inleidende dagvaarding onder 8 staat over de grondslagen van deze vordering:

"Het daadwerkelijk versturen van spam(4) en het ter verzending van spam verwerken van persoonsgegevens is naar het oordeel van eisers aan te merken als onrechtmatig jegens hen: jegens [eiser] c.s. omdat AbFab commerciële oproepen doet zonder voorafgaande toestemming in strijd met de Telecommunicatiewet (hierna ook: Tw) en inbreuk maakt op hun privacyrechten, zoals gewaarborgd in artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet en de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm die zich daaruit heeft ontwikkeld, en meer in het bijzonder in strijd handelt met de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna ook: Wbp); jegens XS4ALL omdat AbFab door het versturen van spam afbreuk doet en verdere afbreuk dreigt te doen aan de reputatie en het debiet van XS4ALL, inbreuk maakt op het klantenbestand en het merkenrecht van XS4ALL op het merk XS4ALL en diefstal van computercapaciteit pleegt. (...)"

In latere processtukken van XS4ALL c.s. worden de grondslagen van hun vordering als volgt samengevat:

A. Inbreuk op relationele privacy: algemeen

B. Inbreuk op relationele privacy: artikel 11.7 lid 1 Tw

C. Inbreuk op relationele privacy: Wbp

D. Strijd met zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer op internet betamelijk is.

E. Misbruik van voorzieningen.

F. Inbreuk op klantenbestand en organisatie(5).

4) De voorzieningenrechter heeft de vordering van XS4ALL gedeeltelijk toegewezen, maar de vordering van [eiser] c.s. bij gebrek aan belang afgewezen(6). Ab.Fab ging van de in haar nadeel uitgevallen beslissing in appel, en in die zaak - tussen Ab.Fab en XS4ALL - heeft XS4ALL incidenteel geappelleerd. [Eiser] c.s. gingen in appel van de in hun nadeel gegeven beslissing.

Het hof heeft in zaak 468/02 SKG (dit is de zaak tussen Ab.Fab en XS4ALL) het bestreden vonnis vernietigd en de gevorderde voorzieningen geweigerd, en in zaak 543/02 KG - de zaak [eiser] c.s./Ab.Fab - het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd(7).

5) XS4ALL c.s. hebben tijdig(8) cassatieberoep ingesteld. Ab.Fab is in cassatie niet verschenen(9). XS4ALL c.s. hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht.

Het cassatieberoep van [eiser] c.s.

6) De voorzieningenrechter heeft - zoals gezegd - de vordering van [eiser] c.s. afgewezen. Hij overwoog (rov. 5):

"AB.FAB heeft gemotiveerd gesteld op welke wijze de ontvanger van een door haar verzonden commercieel e-mail bericht kan 'unsubscribe' waarna men in de toekomst gevrijwaard is van reclame via e-mail afkomstig van AB.FAB. Aangezien dit laatste doel tevens inzet is van dit kort geding voor [eiser] c.s. en zij hebben erkend geen gebruik te hebben gemaakt van de mogelijkheid om te 'unsubscribe', kan niet worden volgehouden dat zij voldoende belang hebben bij de thans gevraagde voorziening."

7) Het hof heeft naar aanleiding van de grief van [eiser] c.s. tegen dit oordeel overwogen (rov. 5):

"Het hof onderschrijft bovendien het oordeel van de voorzieningenrechter dat [eiser] c.s. geen spoedeisend belang bij hun vorderingen hebben gelet op de opt-out mogelijkheid die Ab.Fab biedt."

8) Hiertegen wordt in het middel geen klacht aangevoerd. Dit oordeel is dragend voor de beslissing in de zaak tussen Ab.Fab en [eiser] c.s. Het cassatieberoep van [eiser] c.s. kan daarom niet tot cassatie leiden.

Enige opmerkingen vooraf over (elektronische) reclame

9) Het gaat in deze zaak om de (al dan niet) rechtmatigheid van "(massale) reclame per e-mail". Een moeilijkheid bij de beoordeling daarvan bestaat er in, dat met dat verschijnsel zo veel verschillende (en natuurlijk gedeeltelijk conflicterende) maatschappelijke belangen gemoeid zijn, die in een individuele civiele procedure maar gedeeltelijk, en in dat kader vanzelfsprekend meestal onvolledig en/of eenzijdig, naar voren (kunnen) worden gebracht.

Voor een belangrijk deel betreft het hier overigens belangen c.q. aspecten, die niet alleen bij reclame per e-mail een rol spelen, maar die ook bij andere vormen van reclame aan bod komen. Ik stip een aantal belangen aan die, meen ik, in dit geding nog niet, of niet volledig en evenwichtig aan de orde zijn geweest:

10) In een procedure waarin het erom gaat, een bepaalde vorm van reclame te beteugelen, krijgen allicht negatieve aspecten van reclame de nadruk.

Ik noem als zodanig dat reclame, en dus ook reclame per e-mail, gewoonlijk geïnspireerd wordt door commerciële motieven, en daarmee: door motieven die maatschappelijk niet hoog gewaardeerd worden, of die zelfs enigszins onder verdenking staan. Verder geldt dat (de meeste) reclame van de aangesprokenen onvrijwillig tijd en aandacht vraagt (10) (en in het onderhavige geval ook: een financieel offer (waarvan de omvang tussen de partijen in geschil is), in de vorm van de kosten die het doorgeven en het "downloaden" van e-mailberichten voor de ISP en de ontvangende partij meebrengt of mee kan brengen). Velen ervaren reclame als overwegend irritant (al valt niet te ontkennen dat er ook hoogst vermakelijke, interessante of onderhoudende reclame bestaat), en velen beschouwen de tijd die daar noodgedwongen aan wordt besteed (al was het maar: wachtend terwijl het televisieprogramma door reclame wordt onderbroken) als op zijn best: ver-

loren tijd. In het verlengde van het ongevraagde aspect van reclame, wordt reclame ook vaak als opdringerig ervaren - als een inbreuk op de ongestoorde gang van de eigen bezigheden. Bovendien is reclame vaak onnodig nadrukkelijk, schreeuwerig, op zijn best half waar en op zijn slechtst gewoon misleidend, en (veel) te vaak herhaald. Al met al: lastig.

[11] Ab.Fab heeft intussen in de feitelijke instanties gewezen op de mogelijkheid dat er houders van e-mailadressen zijn - waaronder abonnees van XS4ALL - die het ontvangen van e-mailreclame op prijs stellen, of die daartegen geen bezwaar hebben.

Dat er werkelijk (relevante aantallen) particuliere geadresseerden(11) bestaan die het ontvangen van ongevraagde reclame op prijs stellen, kan men licht als "wishful thinking" aanmerken(12); dat er geadresseerden bestaan die daar, mede in aanmerking genomen de aanstonds te bespreken positieve aspecten van reclame, per saldo geen overwegend bezwaar tegen hebben is al minder onaannemelijk (mij valt in dit verband op dat er nog altijd meer brievenbussen zijn zonder de sticker die bezwaar tegen brievenbusreclame tot uiting brengt, dan brievenbussen met zo'n sticker).

Als bepaald niet irreëel beoordeel ik intussen de kans, dat een geadresseerde de beslissing of hij bepaalde boodschappen wel of niet wil ontvangen, aan zichzelf wil voorbehouden - en dus niet wenst dat anderen, daaronder begrepen de ISP, dergelijke beslissingen nemen zonder hem daarin te kennen. Aan dit gegeven - waarvoor wel de aanduiding: "negatieve informatie-vrijheid"(13) wordt gebruikt - is ook in de recente wetsgeschiedenis en passant aandacht gewijd(14).]

12) Dat er ook positieve aspecten met reclame verbonden zijn, springt voor degene die geconfronteerd wordt met de dagelijkse overdaad aan - inderdaad vaak irritante - reclame-uitingen die wij als "normaal" hebben leren ervaren, niet zo gemakkelijk in het oog - het wordt door de ergerlijke aspecten van het verschijnsel wat aan het oog onttrokken. Maar die positieve aspecten zijn er wel degelijk.

Reclame is, ten eerste, voor de meeste burgers een (belangrijke) bron van informatie. Dat wij ons een min of meer deugdelijk beeld kunnen vormen van wat er in de ons omringende wereld "te koop is"(15) (en onder welke condities), komt voor een deel, en niet voor een onbelangrijk deel, omdat reclame die informatie verschaft(16).

Een tweede belangrijk aspect van reclame - overigens de keerzijde van het eerstgenoemde - is, dat reclame een van de aangewezen middelen vormt waarmee een aanbieder van commerciële of ideële gegevens "zijn" publiek kan bereiken. Zonder reclame zou het niet mogelijk, of zou het onvergelijkbaar veel moeilijker, zijn om ingang of afzet te vinden voor producten, diensten of - sommige - denkbeelden(17).

Reclame vormt daarmee een belangrijk onderdeel van het systeem van productie, handel en distributie waarop onze welvaart berust (nog daargelaten de ideële, culturele en politieke aspecten van het verschijnsel).

[13] Het verbaast soms een beetje dat het inzicht dat onze samenleving voor zijn bloei en welvaart in be-

langrijke mate op productie, handel en distributie is aangewezen, (bepaald) geen gemeengoed is - de afwijzende houding die men bij velen waarneemt ten opzichte van "commerciële" manifestaties bevestigt intussen, dat dat toch het geval is. Het is overigens niet mijn bedoeling om mij te begeven op het netelige pad van onderzoek naar de juiste balans tussen positieve en negatieve aspecten van nijverheid, handel en distributie (of, in ??n woord: commercie). Ik wil slechts benadrukken dat het hier wezenlijke onderdelen van ons maatschappelijk bestel betreft; en zoals in de vorige alinea gesteld, speelt reclame daar een belangrijke rol in.]

14) In het verlengde van de even hiervoor ingenomen stellingen, kan men vaststellen dat het aan banden leggen (of juist bevorderen) van reclame of van bepaalde vormen daarvan, een wezenlijke invloed kan hebben op de commerciële (of ideële, culturele of politieke) manifestaties die met behulp van reclame bij het publiek (kunnen) worden geïntroduceerd en gepopulariseerd(18), in die zin dat introductie en popularisatie daardoor kan worden bevorderd of juist (sterk) belemmerd.

15) Reclame vormt ook op zichzelf een relevant maatschappelijk verschijnsel, in die zin dat een niet te verwaarlozen aantal mensen daarin, of in verband daarmee, zijn brood verdient en dat een nog bredere kring van maatschappelijke instituties dankzij, of mede dankzij reclame kan functioneren (zoals gedrukte- en omroepmedia die geheel of gedeeltelijk uit reclame worden bekostigd. Hetzelfde geldt voor een relevant deel van de manifestaties van het internet. Op dat stramien doorbordurend kan men zelfs vermoeden dat ISP's - zoals XS4ALL - hun (voort)bestaan mede danken aan de reclame, die zo'n onmisbare bijdrage levert aan het internet waaraan zij hun bestaansrecht ontleenen).

16) Ik begon deze beschouwing met de stelling dat bij reclame een breed scala aan maatschappelijke belangen betrokken is, en dat die belangen in een procedure als deze onmogelijk alle evenwichtig naar voren kunnen worden gebracht (en in dit geval ook inderdaad niet op die manier naar voren zijn gebracht). De Hoge Raad beschikt niet over (veel) informatie over de vraag of reclame per e-mail, actueel of potentieel, van bescheiden of juist van groot belang is voor degenen die (nieuwe) producten, diensten of denkbeelden willen aanbieden, of bestaande gegevens willen populariseren. De Hoge Raad kan zich (daarom) maar gedeeltelijk een gefundeerd oordeel vormen over de vraag of het aan banden leggen van reclame per e-mail een effect zou hebben op de ontwikkeling van de genoemde activiteiten, en zo ja: of dat effect belangrijk of beperkt zou zijn. In dit kader kan al helemaal niet worden beoordeeld of de mogelijke effecten per saldo positief of negatief zijn - al is men geneigd te denken dat het (sterk) aan banden leggen van een relevante vorm van reclame in ieder geval voor de ontwikkeling van sommige van de producten, diensten en denkbeelden die op promotie via reclame aangewezen zijn, nadelig moet uitwerken.

Er vallen ook geen gefundeerde voorspellingen te doen over zoiets als het "verdrings-effect" van de e-mail reclame waar het in deze zaak om gaat: zou, als dergelijke reclame in ruime mate werd toegestaan, daardoor het aanbod van "traditionele" reclame nadelig worden beïnvloed - met mogelijk nadelige gevolgen voor de instituties die (mede) van dergelijke reclame afhankelijk zijn, variërend van dagbladen tot voetbalverenigingen?

17) Ik besluit deze beschouwingen met twee vaststellingen: ten eerste, dat er bij de beoordeling van het verschijnsel "(massale) e-mailreclame", een scala aan aspecten en belangen gewicht in de schaal kan leggen (waaronder ook (potentiële) aspecten en belangen die tegen een al te restrictieve benadering van deze activiteit pleiten), die in de onderhavige zaak niet of maar in beperkte mate aan bod zijn gekomen; en onmiddellijk daarop aansluitend: dat het feit dat een bepaald rechtsoordeel potentieel belangrijke gevolgen voor een dergelijk niet goed te overzien scala van aspecten en belangen heeft, meer dan eens de aanleiding heeft gevormd voor een terughoudende opstelling van de rechter. Daartoe is in het bijzonder dan aanleiding, als het betreffende vraagstuk tegelijkertijd door de wetgever wordt bestudeerd (of, zoals in dit geval, al tot (EG) regelgeving heeft geleid): de wetgever is bij uitstek de aangewezen instantie voor een afgewogen beoordeling van alle belangen die door het desbetreffende verschijnsel geraakt worden(19).

Bespreking van de cassatiemiddelen

Belang; beoordeling in kort geding

18) Ofschoon deze zaak een aantal belangwekkende, en ook belangrijke vragen aan de orde stelt, valt erop te wijzen dat het materiële belang dat voor de partijen op het spel staat, althans in deze fase nog maar zeer beperkt is. De hierna te bespreken Europese Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie - zie alinea's 22 en 23 hierna -, en de ophanden zijnde verwerking van de regels uit die Richtlijn in de Nederlandse nationale wet - waarover nadere gegevens in alinea 22 hierna - brengen mee dat het "opt-in" systeem waarop de vorderingen van XS4ALL c.s. vooral gericht waren, tot wettelijke regel zal worden. Materieel betreft de zaak op dit moment (en mede in aanmerking genomen de tijdsduur die met een eventuele verdere behandeling na verwijzing nog gemoeid zal zijn) waarschijnlijk alleen de proceskosten - wat overigens een belang oplevert dat het cassatieberoep kan rechtvaardigen.

Ik wijs er intussen op dat met name Middel III, dat aan de orde stelt welke exclusieve zeggenschap de eigenaar of beheerder van een elektronisch communicatiesysteem ten aanzien van het gebruik van dat systeem voor zichzelf mag opeisen, een relevantie heeft in een bereik dat ruimer is dan de werkingssfeer van de genoemde Richtlijn of de (Nederlandse) implementatiewet.

Een volgende - en laatste - opmerking vooraf is deze, dat het hier gaat om een kort geding. Voor beslissingen in kort geding gelden niet de motiveringseisen die voor beslissingen ten gronde plegen te worden aange-

legd(20). Bij de motiveringsklachten uit het middel zal daarmee rekening moeten worden gehouden.

Middel I

19) De klacht van Middel I sub 1 bestrijdt de beperkingen die het hof (vooral) in rov. 4.2.2 en 4.2.3 heeft geformuleerd met betrekking tot de omvang van de door het hof te geven beoordeling.

20) Ik beschouw deze klacht als ongegrond. Ik kan het hof slechts gelijk geven als het er om gaat dat de rechter niet geroepen is, algemene uitspraken te doen over de geoorlooftheid (of wenselijkheid) van bepaalde (categorie?)n van gedragingen, maar dat de rechter zich moet - of minstgenomen: mag - beperken tot beoordeling van de concrete gedraging, die hem ter beoordeling is voorgelegd. Ik denk dat het hof daarbij ook voor ogen heeft gehouden - het slot van rov. 4.2.3 doet dat vermoeden - dat de rechter van wie een verbod wordt gevraagd, erop moet toezien dat een verbod, als dat wordt toegewezen, beperkt moet zijn tot handelingen die inderdaad verboden - dus: onrechtmatig - zijn, en zich niet mag uitstrekken tot geoorloofde handelingen(21).

Dat rechtvaardigt op zich al de beperkingen in de benadering van het hof, die het middel hier bestrijdt.

Daarbij komt dat XS4ALL bij deze klacht geen belang heeft. Het hof heeft namelijk wel degelijk datgene wat XS4ALL vorderde - dus de petitie die XS4ALL in appel had voorgelegd - de aan de vordering(en) ten grondslag gelegde argumenten - in volle omvang onderzocht en beoordeeld. Meer kan een procespartij, zoals voor de hand ligt, niet verlangen.

21) Middel I sub 2 bestrijdt de door het hof aan art. 11.7 van de Telecommunicatiewet (Tw) gegeven uitleg. Het klaagt over een te beperkte uitleg van het begrip "automatische oproepsystemen" in die bepaling; en het verwijt het hof (te hebben miskend) dat de rechter het nationale recht zoveel mogelijk conform het EG recht moet uitleggen.

22) Wat deze klachten betreft waren ten tijde van de beslissing van het hof in elk geval de navolgende drie Europese richtlijnen relevant: Richtlijn 95/46/EG(22), Richtlijn 97/66/EG(23) en Richtlijn 2002/58/EG(24),(25).

De (Nederlandse) regering heeft daarover bij de behandeling van wetsvoorstel 28 851(26) opgemerkt(27):

"Voor de verwerking van persoonsgegevens in de telecommunicatiesector is zowel richtlijn nr. 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en het vrije verkeer van die gegevens (PbEG L 81(28)) (algemene privacyrichtlijn) als richtlijn nr. 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector (PbEG L 24) (privacyrichtlijn telecommunicatie; hierna: richtlijn nr. 97/66/EG) van belang. Eerstgenoemde richtlijn is geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en de daarop berustende uitvoeringsregelgeving. Deze wet-

geving vormt het algemeen kader waarbinnen de verwerking van persoonsgegevens (ook) binnen de sector elektronische communicatie dient plaats te vinden. De privacyrichtlijn telecommunicatie is (grotendeels) geïmplementeerd in hoofdstuk 11 Telecommunicatiewet en de daarop berustende uitvoeringsregelgeving. Deze richtlijn en de uitwerking daarvan in hoofdstuk 11 hebben ten opzichte van de algemene privacyrichtlijn en de uitwerking daarvan in de Wbp een aanvullende werking, waarbij op onderdelen sprake is van een nadere uitwerking van de meer algemene normen uit de algemene privacyrichtlijn onderscheidenlijk de Wbp. Voor specifieke - in de sfeer van elektronische communicatie - voorkomende verwerkingen van persoonsgegevens worden namelijk daarop toegesneden (en in voorkomend geval uitputtende) normen gesteld. Voorts strekt de reikwijdte van de bepalingen van de privacyrichtlijn telecommunicatie zich in beginsel ook uit tot rechtspersonen. De Wbp heeft daarentegen alleen betrekking op de verwerking van persoonsgegevens betreffende natuurlijke personen.

De richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie; PbEG L 201) (hierna: richtlijn nr. 2002/58/EG), welke strekt ter vervanging van richtlijn 97/66/EG, staat in eenzelfde verhouding als hiervoor geschetst met betrekking tot de privacyrichtlijn telecommunicatie tot de algemene privacyrichtlijn. Het stramen van de nieuwe richtlijn wijkt in algemene zin niet af van het stramen van de vorige richtlijn. Herziening van de richtlijn was evenwel noodzakelijk gelet op de ontwikkelingen die zich voordoen op zowel de markten voor elektronische communicatiediensten als met betrekking tot de technologieën die daarvoor worden gebruikt, waardoor niet alleen meer gegevens maar ook steeds meer verschillende soorten persoonsgegevens (kunnen) worden verwerkt."(29).

23) Zoals (ook) uit dit citaat blijkt, is Richtlijn 2002/58/EG op 12 juli 2002 vastgesteld. Hij is op 31 juli 2002 in werking getreden.(30) Hij voorziet in wat genoemd wordt: een "soft opt in-systeem" voor e-mail reclame(31). Volgens de Europese Commissie gaven de geldende richtlijnen geen uitsluitel op dit punt. De toelichting van het commissievoorstel(32) voor de richtlijn, onder het kopje "Ongewenste communicatie", zegt daarvan:

"Het bestaande artikel 12 van Richtlijn 97/66/EG voorziet in bescherming tegen ongevraagde oproepen ten behoeve van direct-marketing. Aangezien echter in een aantal omzettingen in nationaal recht de term "oproep" slechts in enge betekenis werd geïnterpreteerd, is daarmee slechts bescherming tot stand gebracht tegen ongevraagde spraaktelefoonoproepen ten behoeve van direct-marketing, maar niet tegen direct-marketingberichten via e-mail of andere nieuwe vormen van communicatie. Om het artikel technologisch neutraal te maken, wordt de term "oproep" vervangen door de term "communicatie". Voorts valt e-mail ten behoeve van

direct-marketing waarom de abonnee niet heeft gevraagd (de zogenaamde "spam"), onder dezelfde soort bescherming als die welke voor faxberichten bestaat. Dit houdt in dat spamming is verboden, behalve voor abonnees die hebben aangegeven dat zij ongevraagde e-mails ten behoeve van direct-marketing wensen te ontvangen. Vier lidstaten hebben reeds een verbod op ongevraagde commerciële e-mail en nog een lidstaat staat op het punt dit te doen. In de meeste lidstaten bestaan opt-out-systemen. Vanuit het standpunt van de interne markt is dit geen bevredigende situatie. Direct-marketing-bedrijven in opt-in-landen mogen geen e-mail-adressen benaderen in hun eigen land, maar kunnen wel ongevraagde commerciële e-mail blijven sturen naar landen met een opt-out-systeem. Aangezien voorts e-mail-adressen heel vaak geen indicatie geven van de woonplaats van de ontvanger, is een systeem met verschillende stelsels op de interne markt in de praktijk niet werkbaar. Een geharmoniseerde "opt-in"-regeling biedt een oplossing voor dit probleem."

24) Zoals Middel I met juistheid veronderstelt, is het begrip "automatische oproepsystemen" bepalend voor de vraag of voor het gebruik van e-mail voor direct-marketingdoeleinden het zgn. opt in-systeem of het opt out-systeem van toepassing is.

Voor het doen van ongevraagde oproepen (voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden) via een "automatisch oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst", is immers ingevolge art. 11.7 lid 1 Tw (dat de implementatie beoogt van art. 12 lid 1 van Richtlijn 97/66/EG) vooraf toestemming nodig van de betrokken abonnee - dus een "opt in-regel". Gebruik van andere systemen voor het doen van ongevraagde oproepen voor de genoemde doeleinden is daarentegen toegestaan, tenzij de betrokken abonnee te kennen heeft gegeven dat hij de oproepen niet wenst te ontvangen (art. 11.7 lid 2 Tw (overeenkomend met de tweede optie in art. 12 lid 2 van Richtlijn 97/66/EG) - hier dus een "opt out-systeem".

25) De Nederlandse wetgever heeft het standpunt ingenomen dat een systeem voor automatische verzending van e-mails niet als "automatisch oproepsysteem" is te beschouwen (en daarom onder art. 11.7 lid 2 Tw valt); en dat deze communicatietechniek pas door Richtlijn 2002/58/EG onder het (soft) "opt in-regime" is gebracht(33). Naast de door het hof in rov. 4.3.6 genoemde vindplaatsen, verwijs ik nog naar de volgende passages uit de Parlementaire Geschiedenis van wetsvoorstel 28 851(34),(35):

"Ook op het vlak van de verwerking van verkeersgegevens brengt richtlijn nr. 2002/58/EG een wezenlijke wijziging ten opzichte van richtlijn nr. 97/66/EG met zich mee. De regeling ziet immers niet meer alleen op de traditionele (spraak)telefoniediensten, maar wordt ook van toepassing op andere vormen van elektronische communicatiediensten, zoals internet. (...) Verder is in de regeling betreffende ongevraagde communicatie ten behoeve van direct marketingdoeleinden een wezenlijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie opgetreden. Het thans bestaande opt in-regime voor het doen van ongevraagde mededelingen voor direct

marketing doeleinden door middel van automatische oproepautomaten zonder menselijke tussenkomst en faxen, is thans verruimd tot elektronische berichten."

Even verder staat, onder het hoofdje "Ongevraagde communicatie"(36):

"Evenals in richtlijn nr. 97/66/EG geeft richtlijn nr. 2002/58/EG een regeling voor ongevraagde communicatie ten behoeve van direct marketingdoeleinden. In beide richtlijnen is het gebruik van automatische oproepautomaten zonder menselijke tussenkomst en faxen voor het overbrengen van ongevraagde communicatie (in richtlijn nr. 97/66/EG: het doen van ongevraagde oproepen) voor direct marketingdoeleinden onderworpen aan voorafgaande toestemming van de abonnee; dit wordt ook wel aangeduid als het opt in-regime. Richtlijn nr. 2002/58/EG geeft hieraan een belangrijke uitbreiding door ook het gebruik van "e-mail" (elektronische berichten) voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor direct marketingdoeleinden (...) onder de werking van het opt in-regime te brengen."

26) De wetgever legt duidelijk het begrip "oproep" in de bestaande regelgeving over dit onderwerp beperkt uit(37). (Ook) in de literatuur is art. 11.7 Tw in grote meerderheid zo opgevat, als dat blijkt de (recentere) wetsgeschiedenis ook door de wetgever beoogd is(38). Daarom denk ik dat het hof met recht heeft geoordeeld dat art. 11.7 Tw moet worden uitgelegd, zoals het hof die bepaling heeft uitgelegd. (Met name) de vindplaatsen uit de wetsgeschiedenis waarnaar het hof heeft verwezen, en daarop aansluitend de (veelal latere) vindplaatsen waarnaar hiervoor werd verwezen, laten geen relevante marge voor twijfel bestaan over de bedoeling van de (Nederlandse) wetgever.

In aansluiting daarop meen ik dat Middel I sub 2, dat een andere uitleg van art. 11.7 Tw verdedigt, niet kan slagen.

27) Middel I sub 2 dringt nog aan dat het anders zou zijn omdat de rechter gehouden is het nationale recht zoveel mogelijk "richtlijnconform" toe te passen. Voor de EG-regelgeving die bepalend is voor de Tw stuit dat betoog al af op de hiervoor gevonden uitkomsten met betrekking tot de betekenis van de Nederlandse nationale wet.

Waar het nationale recht er namelijk onmiskenbaar toe strekt, af te wijken van toepasselijke EG-regelgeving, komt het niet in aanmerking om door "richtlijnconforme uitleg" aan dat nationale recht zijn betekenis te ontnemen. Daarover anders te oordelen, zou immers betekenen dat aan de betreffende regel uit een richtlijn rechtstreekse werking werd toegekend (in die zin dat de regel uit de richtlijn de toepasselijke regel van nationaal recht terzijde zet, zonder de tussenkomst van implementatie in het nationale recht). De strekking van EG-richtlijnen is nu juist, dat zij zich - uitzonderingen daargelaten - (alleen) tot de Lid-staten richten, en deze verplichten om hun nationale recht aan de regeling van de richtlijn aan te passen. Met die opzet is niet te verenigen, dat een niet-geïmplementeerde richtlijn een daarmee duidelijk strijdige regel van nationaal

recht langs de weg van "richtlijnconforme uitleg" terzijde zou vermogen te stellen(39).

28) Dat betekent dat, zelfs als men zou aannemen dat art. 11 lid 7 Tw niet beantwoordt aan de destijds geldende Richtlijn (namelijk Richtlijn 97/66 EG), er geen ruimte bestaat om het nationale recht dat blijkens de eerder genoemde bronnen klaarblijkelijk niet de strekking heeft die in het middel wordt verdedigd, anders uit te leggen dan kennelijk door de nationale wetgever beoogd is.

Dat zo zijnde, kan in het midden blijven of er inderdaad een discrepantie bestaat tussen de nationale wet en de destijds geldende Richtlijn. Volledigheidshalve geef ik intussen als mijn mening dat (ook) dat niet het geval is. De door het hof in het bestreden arrest te hulp geroepen bronnen van Europees recht wijzen al in die richting, en hetzelfde geldt voor het zojuist in alinea 23 weergegeven citaat: ook dat onderstreept dat de voorheen geldende Europese regelgeving er niet (duidelijk) toe strekte, voor communicatie die aan de aanduiding "elektronische post" beantwoordt, het "zwaardere" regime van het opt-in systeem voor te schrijven. Juist omdat dat niet zo was, werd behoefte gevoeld aan de inmiddels in Richtlijn 2002/58/EG neergelegde (nieuwe) regel.

29) Richtlijn 2002/58/EG moest voor 31 oktober 2003 in de Nederlandse wetgeving zijn geïmplementeerd(40). Dit is intussen (nog) niet gebeurd. De minister heeft bij de behandeling van wetsvoorstel 28 851 - zoals al aangestipt: het op 28 oktober j.l. door de Tweede Kamer aanvaarde wetsvoorstel dat de implementatie van deze Richtlijn beoogt - over de consequentie daarvan gezegd(41):

"...ik [zal] eerst kort ingaan op twee Europeesrechtelijke vraagstukken, te weten de rechtstreekse werking en de richtlijnconforme interpretatie. Vervolgens zal ik nader ingaan op de mogelijke consequenties van niet tijdige implementatie voor het kunnen handhaven van de huidige verplichtingen van de Telecommunicatiewet. Richtlijnen hebben op zich geen rechtstreekse werking. Individuele bepalingen uit de richtlijnen kunnen wel rechtstreekse werking hebben. Voorwaarde is dat ze onvoorwaardelijk zijn geformuleerd en voldoende nauwkeurig zijn. Als richtlijnbevestigingen rechtstreekse werking hebben, moeten die bepalingen worden toegepast en komen ze in de plaats van het nationale recht dat daarmee in strijd is, voor zover een particulier een beroep op die bepalingen doet. In de jurisprudentie van het (Europese) Hof van Justitie is tot op heden alleen de zogenaamde verticale directe werking van richtlijnbevestigingen geaccepteerd (alleen burgers kunnen een beroep doen op rechtstreekse werking en dan alleen ten opzichte van bestuursorganen). De nieuwe richtlijnen bevatten voor zover valt na te gaan, geen rechtstreeks werkende bepalingen die de huidige bepalingen van de Telecommunicatiewet of van daarop gebaseerde regelgeving opzij zetten. Het principe van richtlijnconforme interpretatie houdt in dat de uitleg en toepassing van nationaal recht zoveel mogelijk geschieden in overeenstemming met de tekst en het doel van de desbetreffende richtlijn. Richtlijncon-

forme interpretatie geschiedt met name door de rechter. In het geval van richtlijnconforme interpretatie wordt het nationale recht toegepast waarbij de desbetreffende richtlijn als maatstaf geldt voor de uitleg van dat nationale recht."

30) Om meer dan een reden kan het hof dus niet worden verweten dat het de destijds geldende Tw niet conform Richtlijn 2002/58/EG heeft uitgelegd: die wet beoogt nu eenmaal duidelijk een andere regel dan die van de Richtlijn, wat aan richtlijnconforme uitleg in de weg staat; de Richtlijn beoogt op dit punt geen rechtstreekse werking (ik stem in met wat daarover in de wetsgeschiedenis van het implementatie- wetsontwerp is gezegd); en bovendien was de Richtlijn ten tijde van het arrest van het hof nog niet in werking getreden(42).

31) Tenslotte klaagt het middel in onderdeel I sub 3 dat het hof ambtshalve zou hebben moeten onderzoeken of de feiten op grond waarvan toepassing van art. 11.7 Tw werd bepleit, mede een grondslag konden opleveren voor de gestelde schending (door Ab.Fab) van rechten van XS4ALL c.s. uit hoofde van art. 8 EVRM.

Deze klacht lijkt mij al daarom niet-doeltreffend, omdat de handelwijze van Ab.Fab, zoals hiervoor in meer detail besproken, nu eenmaal blijkens de onmiskenbare strekking van art. 11 lid 7 Tw (en, volgens mij, dus ook de strekking van de destijds geldende Richtlijn 97/66/EG, althans: de ruimte die die Richtlijn de Lidstaten bood) niet ongeoorloofd was. Voor reflexwerking zoals door de klacht bedoeld, is al daarom geen plaats. Ik kan in dit verband in het midden laten hoe aan XS4ALL (zoals eerder onder ogen gezien, kunnen de cassatieklachten van [eiser] c.s. om andere redenen niet tot cassatie leiden) een (rechtstreeks) beroep op art. 8 EVRM toe kan komen.

32) Bovendien meen ik dat er, ten tijde van het bestreden arrest, geen algemene zorgvuldigheidsnorm bestond(43) die verbod om ongevraagd commerciële elektronische boodschappen aan een ander te sturen (evenmin als er op dit moment een dergelijke norm bestaat die het ongevraagd "toestoppen" van gedrukte reclame verbiedt, zoals in alinea 12 van de schriftelijke toelichting van XS4ALL als mogelijkheid wordt geoperd).

Wat in dit verband (on)geoorloofd is (dan wel destijds ongeoorloofd was), moet worden vastgesteld aan de hand van weging van een scala aan factoren en belangen - een aantal van de in aanmerking te nemen algemene belangen passeerde in de alinea's 9 t/m 15 hiervoor kort de revue -, telkens in de context van het te beoordelen concrete geval. Een belangrijke plaats in het geheel van af te wegen factoren en belangen komt toe aan twee door grondrechten beschermde belangen, te weten het door XS4ALL benadrukte recht op privacy enerzijds, en het (in de feitelijke instanties) door Ab.Fab benadrukte recht op vrije informatieverspreiding anderzijds. Zoals ook uit de in voetnoot 44 hierna aan te halen rechtspraak blijkt, gaat het intussen in beide gevallen om belangen c.q. rechten waaraan geen absolute gelding toekomt, maar waarvan het gewicht of bereik steeds (mede) door de concrete omstandigheden van het geval wordt bepaald.

33) Al daarom kan er niet zoiets zijn als een algemene (zorgvuldigheids)norm die aangeeft hoe de te maken afweging in elk concreet geval moet uitpakken - zoals die hier namens XS4ALL c.s. wordt bepleit. "By the same token" bestaat er (resp.: bestond er ten tijde van het bestreden arrest) ook geen norm die de eenzijdige oplossing inhoudt die XS4ALL c.s. voorstaan (namelijk: ongevraagd toezenden van commerciële elektronische boodschappen is per se onrechtmatig). Of die toezending ten opzichte van de ontvanger (on)rechtmatig was zal afhangen van de aard, omvang en ernst van de aantasting van diens aanspraak op "met rust te worden gelaten", tegen het belang dat gemoeid is met het recht om de boodschappen waartegen bezwaar wordt gemaakt, effectief en binnen aanvaardbare grenzen te kunnen verspreiden; maar zoals al aangestipt kunnen ook andere omstandigheden en belangen die in het concrete geval aan de orde zijn, de uitkomst mede bepalen(44).

34) Middel I bevat nog, op verschillende plaatsen, de klacht dat het bestreden oordeel van het hof gebrekkig gemotiveerd zou zijn. Deze klachten zijn echter, voorzover de weerlegging daarvan niet al in het voorafgaande besloten ligt, niet nader (voldoende) uitgewerkt; en zij richten zich bovendien tegen een rechtsoordeel, en kunnen ook daarom niet tot cassatie leiden(45).

Middel II

35) De klachten van Middel II zien op het oordeel van het hof dat het door XS4ALL c.s. gevorderde verbod niet op de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp.) kan worden gegrond (slotsom in rov. 4.4.11) (46).

Bij de bespreking van die klachten lijkt het mij goed om in het oog te houden, dat het hof voor zijn oordeel in de zaak van Ab.Fab tegen XS4ALL twee benaderingen heeft gevolgd die ieder voor zich tot verwerving van het op deze grond gebaseerde betoog (kunnen) leiden. Dat betreft dan ten eerste de belangenafweging die het hof in het kader van art. 8 Wbp. heeft gemaakt; en ten tweede de bevinding, aan de hand van art. 50 Wbp., dat een actie op grond van schending van de bepalingen van die wet wel toekomt aan, onder andere, de door die wet gedefinieerde "betrokkenen" (zoals [eiser] c.s. dat zijn), maar niet aan degenen die de Wbp. als "derden" beschouwt - zoals XS4ALL.

Wil dit middel ten opzichte van het op dit punt door het hof bereikte oordeel slagen, dan moet het beide gronden die het hof daarin heeft verwerkt met succes aantasten; en zoals hierna zal blijken, kom ik tot de slotsom dat het middel daar in beide gevallen niet in slaagt.

36) Bij de beoordeling van onderdeel I van dit middel gaat het - of gaat het vooral - om de toepassing van art. 8, aanhef en sub f. Wbp. Die bepaling luidt als volgt:

"Art. 8:

Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:

....

f. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gege-

vens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert." (47),(48)

De tekst van de bepaling geeft duidelijk aan dat die ertoe strekt, dat in de eerste plaats het "gerechtvaardigd belang" van de genoemde verantwoordelijke of derde moet worden vastgesteld (en moet worden beoordeeld of dat aan de "noodzakelijkheidstoets" beantwoordt), en dat vervolgens een afweging moet worden gemaakt tussen dat belang en het belang van de betrokkene, waarbij met name diens recht op privacy in aanmerking moet worden genomen.

37) In de - zeer uitvoerige - Parlementaire Geschiedenis vindt men dit bijvoorbeeld als volgt toegelicht:

"Artikel 8 bevat een limitatieve opsomming van de gronden die een gegevensverwerking rechtvaardigen. Het artikel behelst bovendien dat bij elke verwerking moet zijn voldaan aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de inbreuk op de belangen van de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokkene niet onevenredig mag zijn in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel. Ingevolge het subsidiariteitsbeginsel mag het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt in redelijkheid niet op een andere, voor de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokkene minder nadelige wijze kunnen worden verwerkt."(49)

en

"De bepaling schrijft in aanvulling op de eerste afweging (noodzakelijk voor een gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke), waarbij mogelijk de belangen van de betrokkene als onderdeel van een veelheid van belangen reeds onder ogen zijn gezien, nog een tweede toets voor. Deze tweede toets vergt een nadere afweging, waarbij de belangen van de betrokkene een zelfstandig gewicht in de schaal leggen tegenover het belang van de verantwoordelijke. Met deze tweede toets wordt nog eens extra de nadruk gelegd op het proportionaliteitsvereiste (...) Dit betekent niet dat op voorhand de belangen van de betrokkene zwaarder moeten wegen, doch slechts dat een hernieuwde aangescherpte toets [moet plaatsvinden], waarbij de belangen van de betrokkene afzonderlijk moeten worden gewogen. (...) Alleen in het geval dat het belang van de betrokkene op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer doorslaggevend is dient de verantwoordelijke af te zien van de gegevensverwerking."(50)

38) Het lijkt mij onmiskenbaar dat het hof in het bestreden arrest inderdaad de (beide) hier aangeduide gegevens heeft onderzocht: in rov. 4.4.3 is onderzocht of de gegevensverwerking noodzakelijk was voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang van Ab.Fab, en in de rov. 4.4.4.1 - 4.4.4.4 of het belang van de betrokkenen zich niet desondanks tegen de betreffende verwerking verzette.

De klachten van het middel die ertoe strekken dat het hof van een verkeerde beoordelingsmaatstaf is uitgegaan missen daarom goede grond: het hof heeft precies

datgene gedaan wat blijkens tekst en toelichting van de desbetreffende wetsbepaling, behoort te gebeuren.

39) Daarbij is in aanmerking te nemen dat de Wbp., op het voetspoor van de Richtlijn die door die wet wordt geïmplementeerd, ervan uitgaat dat het gebruiken van een bestand van persoonsgegevens om daar een gerichte reclamecampagne - via zgn. "direct mail" - mee te voeren, een gerechtvaardigd belang kan opleveren. Anders gezegd: de wet en de Richtlijn merken deze activiteit en het daarmee gemoeide belang niet a priori als niet-gerechtvaardigd aan; en bestempelen de inbreuk op de privacy van de geadresseerde die aan deze vorm van reclame inherent is, daarmee niet a priori of per se tot een excessieve inbreuk op die privacy, die daarom nooit kan "slagen" voor de tweede afweging die de wet en de Richtlijn in dit verband voorschrijven(51).

40) Ik wil daarbij niet verhehlen dat de tekst van de Richtlijn in dit opzicht niet zo duidelijk is als men zich zou wensen.

Het gaat dan vooral om de al eerder aangehaalde alinea 30 van de considerans, waarmee art. 7, aanhef en sub f van de Richtlijn en het daar weer op gebaseerde art 8, aanhef en sub f Wbp. nauw samenhangen. Deze passage uit de considerans noemt immers achtereenvolgens als materie die aan de Lid-staten ter regeling wordt overgelaten: "de voorwaarden ... waaronder persoonsgegevens in het kader van wettige activiteiten zoals het dagelijks beheer van ondernemingen en andere organisaties kunnen worden gebruikt en aan derden verstrekt", en "de voorwaarden ... waaronder persoonsgegevens voor direct marketing of direct mail door een liefdadige instelling of door ander(e) verenigingen of stichtingen, bij voorbeeld van politieke aard, aan derden mogen worden verstrekt...".

Die tekst omzeilt het gegeven waar het ons om te doen is, namelijk: direct marketing door een niet-liefdadige organisatie zelf: die activiteit wordt niet specifiek genoemd, al kan men die bij ruimhartige lezing vatten onder "wettige activiteiten zoals het dagelijks beheer van ondernemingen en andere organisaties".

41) In weerwil van deze wat cryptische tekst lijkt mij de strekking toch duidelijk (genoeg) deze, dat direct marketing door niet-liefdadige of politieke organisaties zelf, niet per se als een ongeoorloofde vorm van gebruik van een bestand van persoonsgegevens (oftewel: van verwerking van persoonsgegevens) wordt aangemerkt. Dat blijkt ten eerste uit het feit dat het verstrekken van persoonsgegevens door wettige liefdadige of politieke organisaties voor het bedrijven van direct marketing, kennelijk binnen bepaalde grenzen als geoorloofd wordt beoordeeld. Dat heeft immers alleen dan zin als het beoogde doel, de direct marketing met behulp van de verkregen gegevens, ook als (onder voorwaarden) geoorloofd wordt aangemerkt: het is ongerijmd om het verstrekken van gegevens met een bepaald doel onder voorwaarden toelaatbaar te verklaren, als men tevens beoogt dat het ultieme doel desondanks verboden is. Dat is zoiets als goedvinden dat de verboden vruchten worden verhandeld, maar met handhaving van het verbod om daarvan te eten.

Dat direct marketing, ook door commerciële organisaties, niet per se als een ongeoorloofd of excessief gebruik van persoonsgegevens wordt beschouwd blijkt bovendien uit de regel van art. 14, aanhef en sub b en de daarmee samenhangende alinea 30 (slot) van de considerans (die ten grondslag liggen aan art. 41 Wbp.): "betrokkenen" mogen zich verzetten tegen gebruik van "hun" persoonsgegevens voor direct marketing - een "opt-out" regel, dus; waarbij geen beperking tot uitdrukking komt die ertoe strekt dat deze activiteit alleen aan liefdadige of politieke organisaties (e.d.) zou zijn voorbehouden (art. 41 Wbp. is nog duidelijker, doordat verwerking met commerciële doelen daar in lid 1 expliciet wordt genoemd).

(Ook) die regel heeft geen zin als de daaronder aan beperkingen onderworpen activiteit - direct mail met verwerking van persoonsgegevens - hoe dan ook al ongeoorloofd zou zijn. Art. 14 van de Richtlijn, en a fortiori art. 41 Wbp., moeten dus berusten op de gedachte dat direct mail en persoonsgegevens niet een per se verboden combinatie opleveren(52).

42) Eenmaal aangenomen dat "direct mail" een rechtmatig belang voor de verwerking van persoonsgegevens kan opleveren, ligt de vaststelling dat deze verwerking ook "noodzakelijk" is voor een organisatie die zich er op toelegt, direct-mail reclamecampagnes te verzorgen, bepaald voor de hand. Dat het hof dat inderdaad heeft vastgesteld - een vaststelling die overigens aan de "feitenrechter" is - is dan ook heel goed te begrijpen. Hetzelfde geldt voor de vaststelling, in rov. 4.4.3, dat er geen sprake is van "onverenigbaar gebruik" in de zin van art. 9 Wpb(53). Als ik het goed zie, worden die vaststellingen zelf ook in dit middel niet bestreden.

Blijft dan over de nadere afweging tussen het door de verantwoordelijke nagestreefde belang aan de ene kant, en het (privacy)belang van de betrokkenen aan de andere kant, waarin art. 8 aanhef en sub f. Wbp. voorziet, en die het hof in de rov. 4.4.4.1 - 4.4.4.4 heeft beoordeeld. De wijze waarop dat is gebeurd, wordt in het middel wel bestreden.

43) De eerste klacht van dit middel berust erop dat het hof het onderscheid tussen algemene en bijzondere persoonsgegevens in de zin van de Wbp. zou hebben veronachtzaamd. Die klacht lijkt mij ongegrond. Er was in het partijdebat niets aangevoerd dat voedsel kon geven aan de gedachte dat het in deze zaak zou gaan om de beperkte categorie persoonsgegevens die de Wbp. in Hoofdstuk 2 par. 2 als "bijzondere persoonsgegevens" aanduidt. Het lijkt mij dan ook duidelijk dat het hof - terecht - met die mogelijkheid geen rekening heeft gehouden.

In aansluiting hierop voert het middel aan dat het hof ten onrechte in aanmerking zou hebben genomen dat de door Ab.Fab verwerkte gegevens niet kunnen gelden als persoonsgegevens van gevoelige aard. Ook die klacht beschouw ik als ongegrond. Dat het hof de mate van gevoeligheid van de gegevens in zijn oordeel heeft betrokken spoort - zoals trouwens in uitgesproken mate in de rede ligt - met de expliciet tot uitdrukking gebrachte bedoelingen van de wet(gever)(54).

44) Vervolgens wordt geklaagd dat het hof niet duidelijk zou maken waarom het e-mailadressen als persoonsgegeven van minder gevoelige aard aanmerkt. Ik stel voorop dat het hof zijn redenen voor deze beoordeling gedetailleerd heeft uiteengezet, en daarmee uitvoerig heeft gemotiveerd - zie overigens ook het in alinea 18 (slot) hiervoor opgemerkte.

Ik vind de uiteenzetting van het hof bij uitstek helder, en dit eens temeer als men de voorbeelden uit de wetgeschiedenis (zie voetnoot 54) erbij betreft. Adresgegevens behoren naar hun aard tot de minder gevoelige gegevens (vergeleken, bijvoorbeeld, met gegevens betreffende betalingsgedrag en kredietpositie, die hier in de wetgeschiedenis worden genoemd). Een e-mailadres is veelal pas te vinden doordat de houder ervan het heeft bekendgemaakt. Het is in dat opzicht (iets) makkelijker te "beschermen" dan een "gewoon" adres, dat men uit het telefoonboek kan achterhalen (en dat ik overigens ??k als een minder gevoelig gegeven zou kwalificeren).

Dat de "ontdekking" van een geheim e-mailadres soms een gebruiker ertoe zal brengen om een ander adres te kiezen, terwijl het handhaven van hetzelfde adres van belang is om op het internet "adresseerbaar" te blijven, neemt niet weg dat wetenschap omtrent een elektronisch adres de betrokkene aan veel minder ingrijpende (mogelijke) inbreuken op zijn privacy blootstelt, dan de ontdekking van diens "echte" adres. Aan de voordeur kan men U ernstig lastig vallen, aan Uw elektronische adres kan dat maar in heel beperkte mate.

45) Subalinea b van Middel II klaagt over de vaststelling dat er in dit geval sprake was van reclame van een aanvaardbaar niveau zonder obscure herkomst, en van dataverkeer van een relatief bescheiden omvang. De klacht doet daarbij een beroep op "het processuele debat", maar geeft niet aan welke gedeelten daarvan - uit een relatief omvangrijk dossier - bedoeld worden. De klacht voldoet daarmee niet aan de eisen die aan een cassatiemiddel moeten worden gesteld.

[Ten overvloede vermeld ik dat deze klacht mij ongegrond toeschijnt, omdat het hof dit oordeel zeer wel op de stellingen van partijen kon baseren. Aanvaardbaar niveau: Ab. Fab heeft gesteld dat zij het medium e-direct mail zorgvuldig gebruikt en ernaar streeft de effectiviteit daarvan aan te tonen en de acceptatie ervan te vergroten(55). Uit de stukken blijkt van campagnes voor NRC Handelsblad, Reader's Digest, De Telegraaf, Euronet, AMEV en FEM/De Week(56). Zonder obscure herkomst: niet betwist is dat de boodschappen herleidbaar waren tot Ab.Fab(57). Relatief bescheiden omvang: Ab.Fab heeft (onbetwist) gesteld dat "haar" berichten een omvang van ten hoogste 20 tot 25 Kb hebben en dat die berichten geen gecomprimeerde of door verwijzing geïncorporeerde bestanden bevatten(58).]

46) Het volgende argument uit dit onderdeel van het middel, dat er op neerkomt dat de aard en omvang van de inbreuk op de privacy bij de beoordeling op de voet van art. 8 Wbp. "geen criterium" zou zijn, lijkt mij evident ongegrond: zoals hiervoor besproken, strekt art. 8 Wbp. er juist toe dat de verantwoordelijke de belangen

die hij beoogt te dienen, moet afwegen tegen de belangen van betrokkenen, met name wat betreft hun privacy. Het valt niet in te zien hoe dat anders zou kunnen, dan door (ook) de aard en omvang van de desbetreffende inbreuk(en) op de privacy, in de beoordeling te betrekken.

Aanvaarding van de leer van het middelonderdeel zou ertoe leiden dat iedere verwerking van persoonsgegevens die enige inbreuk op de privacy met zich meebrengt, ongeoorloofd zou zijn (de aard en omvang van de inbreuk zouden immers niet mogen "meetellen"). Dat betoog veroordeelt zichzelf.

47) Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor het in aansluiting hierop gebezigde argument dat niet (alleen) de door de desbetreffende verantwoordelijke zelf teweeggebrachte privacy-inbreuk in aanmerking moet worden genomen, maar het gezamenlijke gewicht van alle inbreuken die worden bewerkstelligd door al degenen die soortgelijke technieken toepassen.

Een verantwoordelijke kan niet overzien wat anderen aan inbreuken teweeg brengen op de (privacy)belangen van personen die in zijn eigen bestand voorkomen. De door het middel voorgestane afweging zou die verantwoordelijke dus voor een onmogelijke opgave plaatsen, en kan al daarom niet juist zijn. Ik laat dan maar daar, dat mij erg onaannemelijk lijkt dat de door art. 8 Wbp. beoogde afweging zou insluiten dat men ook rekening moet houden met wat anderen bij verwerking van andere bestanden dan het "eigen" bestand, aan privacy-inbreuken teweeg brengen. Om voor de hand liggende redenen zullen de "collectieve" e-mails van verschillende afzenders die een geadresseerde bereiken, meestal aan de hand van (geheel) verschillende bestanden verzonden zijn.

48) Ik neem aan dat de verdere argumenten van dit middelonderdeel op dezelfde onjuiste uitgangspunten voortbouwen. Voorzover daarmee zelfstandige klachten beoogd worden beoordeel ik die als ongegrond, en wel omdat

- niet gevegd kan worden dat (preciesere) criteria worden aangegeven om te bepalen of overlast al dan niet van een aanvaardbaar niveau is (ook hier vraagt het middel volgens mij het onmogelijke); en omdat

- het feit dat een aanbieder van reclameboodschappen zich conformeert aan door branche-organisaties bekend gemaakte regels w?l een relevante aanwijzing kan opleveren, dat diens optreden geen onaantvaardbare overlast met zich meebrengt.

Daarbij was het hof niet gehouden om in zijn motivering specifiek in te gaan op alle argumenten van de tegengestelde strekking van XS4ALL c.s. Dat geldt zowel voor een procedure ten gronde als voor een kort geding - maar ik herinner, ten overvloede, aan wat in alinea 18 hiervoor over de motiveringseis in kort geding werd gezegd.

49) De sub c en d van Middel II aangevoerde argumenten leiden niet tot een andere uitkomst. Dat XS4ALL c.s. stellingen van Ab.Fab zouden hebben betwist, betlette het hof in het kader van een kort geding niet, die stellingen als (aannemelijk) uitgangspunt te hanteren (subonderdeel c). Bovendien geeft het onderdeel niet

aan waar de desbetreffende stellingen van XS4ALL c.s. in de stukken gezocht moeten worden; en ten overvloede geldt nog, dat het hof het hier bedoelde argument van XS4ALL c.s. inhoudelijk heeft beoordeeld (en onaannemelijk bevonden). In het kader van een kort geding kon het hof met deze beoordeling - ruimschoots - volstaan.

Anders dan subonderdeel d aanvoert, heeft het hof de "noodzakelijkheidstoets" waarop art. 8 Wbp. doelt, specifiek en met een ampele motivering in zijn oordeel betrokken, zie alinea's 38 en 42 hiervoor. In dat oordeel ligt besloten dat Ab.Fab de betreffende (persoons)gegevens voor een wel bepaald doel - namelijk het doel dat aan de "noodzakelijkheidstoets" ten grondslag werd gelegd - heeft verzameld.

Wederom anders dan het (sub)onderdeel aanvoert, heeft het hof uitvoerig onderzoek gedaan naar de vraag of Ab.Fab kon oordelen dat de (privacy)belangen van de benaderde geadresseerden niet aan verwerking van de desbetreffende persoonsgegevens in de weg stonden, zie opnieuw alinea's 38 en 42 hiervoor. In die beoordeling ligt besloten dat het hof ook schending van de andere, minder specifieke normen van art. 6 Wbp. (en art. 7 Wbp.) niet aannemelijk heeft geacht(59). Anders dan het (sub)onderdeel tenslotte aanvoert, was het hof niet gehouden om te onderzoeken hoe Ab.Fab de beschikking had gekregen over de gebruikte gegevens, maar kon het volstaan met te onderzoeken (en te verwerpen) wat XS4ALL c.s. daarover hadden aangevoerd (waarbij ik aanteken dat het hof die verwerping in de rov. 4.4.8 en 4.4.9 met een aantal verschillende, gedetailleerd toegelichte redenen heeft onderbouwd(60)).

Op de - volgens mij: op de voorhand bepaald onaannemelijke - argumenten van de strekking dat er andere middelen bestonden om de door Ab.Fab beoogde reclame (met een redelijkerwijs vergelijkbare inspanning en effect) te verwezenlijken, waarnaar subonderdeel d in het slot verwijst, behoefde het hof in het kader van een oordeel in kort geding niet specifiek in te gaan.

50) In de schriftelijke toelichting (alinea 17) klaagt XS4ALL er nog over, dat het hof niet zou zijn ingegaan op het verwijt (aan het adres van Ab.Fab), dat deze de personen van wie zij persoonsgegevens verzamelt niet tijdig over de verwerking daarvan zou informeren. Ik meen dat deze klacht niet terugrijpt op in de feitelijke instanties aangevoerde stellingen - er wordt ook niet aangegeven waar dit in de feitelijke instanties zou zijn aangevoerd; en ik meen bovendien dat deze klacht niet kan worden "ingelezen" in het cassatiemiddel. Daarom neem ik de vrijheid de klacht niet inhoudelijk te bespreken.

51) Zo kom ik tot de slotsom dat de eerste klacht van Middel II in zijn geheel als ongegrond moet worden beoordeeld. Zoals in alinea 35 hiervoor al opgemerkt, brengt dat volgens mij mee dat de klacht van Middel II sub 2 niet kan slagen, omdat het door onderdeel 1 bestreden oordeel de beslissing van het hof zelfstandig draagt.

Ik merk nochtans over Middel II sub 2 het volgende op: 52) Ook voor dit middelonderdeel geldt, dat de door het hof gegeven motivering meer dan ??n grond oplevert

die de gevonden uitkomst kan dragen. Als eerste van die gronden, gegeven in rov. 4.4.10, noem ik, dat ook wanneer er sprake zou zijn van handelingen van Ab.Fab die niet met de Wbp. verenigbaar zijn, daardoor slechts een verbod van die handelingen, en niet een algemeen verbod op het verzenden van ongevraagde (commerciële) e-mail kan worden gerechtvaardigd. Het gaat dan, ook hier, om het gegeven dat een rechterlijk verbod beperkt moet worden tot datgene wat ongeoorloofd is, en zich niet mag uitstreken tot handelingen die de betrokkene vrij (zouden moeten) staan - het gegeven dat ook in alinea 20 hiervoor en in voetnoot 21 bij die alinea, ter sprake kwam.

Die gedachte is inhoudelijk juist; en ik meen bovendien dat het middel (onderdeel) die gedachte op zich niet bestrijdt. Al daarom denk ik dat dit onderdeel geen succes kan hebben.

53) Ook de overige klachten waarmee het oordeel van het hof over, kort gezegd, art. 50 Wbp. wordt bestreden lijken mij intussen niet doeltreffend. Ik begin met de klacht die ertoe strekt dat art. 50 Wbp. niet in de weg zou staan aan een actie van een "derde" zoals XS4ALL: over de strekking van art. 50 Wbp. kan men twijfelen. De bepaling beoogt, blijkens de toelichting(61), aan te sluiten bij art. 10 van de Wet Persoonsregistraties (WPR)(62). Tekstueel zijn de beide bepalingen nagenoeg identiek.

(Ook) art. 10 WPR is betrekkelijk summier toegelicht. De Memorie van Toelichting(63) wekt de indruk dat vooral is beoogd, een extra middel voor rechtshandhaving te verschaffen aan de "geregistreerde" - in de terminologie van de Wbp.: de betrokkene; en dat niet voor ogen heeft gestaan, dat iedereen die in verband met ongeoorloofde toepassing van persoonsregistraties schade leed of dreigde te lijden, alleen uit dien hoofde al een vorderingsrecht tegen de "overtreder" geldend kon maken. Ook de Parlementaire geschiedenis van art. 50 Wbp. zelf verwijst telkens naar de voor de betrokkenen beoogde rechtsmiddelen, en lijkt dus van hetzelfde beperkte beginpunt te vertrekken(64). Al daarom ben ik geneigd het onderhavige oordeel van het hof als juist te beoordelen: (ook) de Wbp. strekt er niet toe dat een "derde" met een beroep op schade in verband met het feit dat de Wbp. ten opzichte van een (zeer) groot aantal verder niet aan het geding deelnemende "betrokkenen" niet behoorlijk zou zijn nageleefd, sancties met het oog op al die betrokkenen tegen de verantwoordelijke kan vorderen.

Dat geldt dan zowel wanneer die derde ter behartiging van zijn eigen belangen optreedt, alsook wanneer hij zich als behartiger van de belangen van de betrokkenen opwerpt. Voor dat laatste is immers de in art. 50 lid 2 Wbp. specifiek aangeduide mogelijkheid van een "collectieve actie" op de voet van art. 3:305a BW(65) bedoeld. Het ligt in de rede dat er daarnaast geen ruimte is voor een actie (van iemand die niet ingevolge art. 3:305a BW gelegitimeerd is) met een materieel vergelijkbare strekking, gebaseerd op schending van de Wbp. ten opzichte van (vele anonieme) betrokkenen waarvan niet blijkt dat zij van die actie op de hoogte

zijn, laat staan dat zij daarmee instemmen(66) of daarbij in enig opzicht belang hebben.

54) Men kan zich afvragen of er niet nog een tweede reden is waarom XS4ALL (de vordering van [eiser] c.s. is, zoals al enkele malen opgemerkt, al om andere redenen in cassatie niet meer aan de orde) geen aanspraken aan art. 50 Wbp. kan ontlenen. Die bepaling stelt immers het vereiste dat degene die daarop een beroep doet, schade heeft geleden of dreigt te lijden; en het hof heeft vastgesteld dat aan dat vereiste - waarop XS4ALL zich ook in ander verband had beroepen - niet is voldaan, zie met name rov. 4.6.6. (Ik teken daarbij aan dat XS4ALL een beroep had gedaan op reputatieschade en op schade in de vorm van de kosten die met verwerking van van Ab.Fab afkomstige berichten gemoeid zouden zijn. Van reputatieschade - die het hof dus niet aannemelijk heeft geacht - is met enige goede wil vol te houden dat die in verband kan worden gebracht met de gestelde schending van de regels betreffende persoonsregistraties, jegens degenen (dat wil zeggen: de betrokkenen) die XS4ALL erop zouden aanzien dat zij daar niet tegen optreedt. Wat de gestelde kostenfactor betreft zou ik menen, dat een verband met de gestelde schending van de Wbp. als al te vergezocht van de hand moet worden gewezen.)

55) Men kan het zojuist gezegde ook van de andere kant benaderen. Men moet dan uitgaan van de hypothese dat XS4ALL zich overigens - en in het bijzonder: in het kader van haar beroep op rechten als eigenares e.a. - niet kan beklagen over de belasting (o.a. met kosten) die zij van de handelwijze van Ab.Fab ondervindt. (Of die hypothese deugdelijk is wordt door Middel III aan de orde gesteld, en zal dus bij de bespreking daarvan verder worden onderzocht.) Uitgaande van die hypothese is (eens te meer) onaannemelijk dat de positie van XS4ALL in het kader van de toepassing van art. 50 Wbp. opeens anders zou zijn - dus dat art. 50 Wbp. aan "derden" als XS4ALL een grondslag zou bieden om zich, met als enige nadere rechtvaardiging: het feit dat er van schending van de bepalingen van de Wbp. ten opzichte van een groep betrokkenen sprake zou zijn, te beroepen op nadelen die zij - in dit geval dus: XS4ALL - in deze hypothese het kader van beoordeling aan de hand van de verdere op het geval toepasselijke normen, zich gewoon zouden moeten laten welgevallen.

56) Ook hier doet het middel nog een beroep op "reflexwerking" van de door het middel ingeroepen wetbepalingen, in het kader van een ingevolge art. 6:162 BW te beoordelen zorgvuldigheidsnorm.

Ik zou denken dat - als de specifieke klachten van het middel over miskenning van bepalingen van de Wbp. niet opgaan, zoals hiervoor is verdedigd - er ook geen algemene zorgvuldigheidsnorm valt aan te wijzen die dan nog w?l geschonden zou kunnen zijn. Ik denk dat het in alinea's 32 en 33 hiervoor besprokene dan van overeenkomstige toepassing is: of er in een bepaald geval sprake is van schending van een zorgvuldigheidsnorm moet worden beoordeeld in het kader van een afweging van de omstandigheden van dat geval en de daarbij betrokken belangen. Er valt geen

norm van algemenere strekking te omschrijven, waarop XS4ALL in dit verband een beroep zou kunnen doen.

Middel III

57) Dit Middel betreft de vraag of XS4ALL aan het vermogensrecht, namelijk als de rechthebbende met betrekking tot "haar" computer- en transmissiecapaciteit, aanspraken kan ontlenen om anderen een gebruik daarvan dat XS4ALL onwelgevallig is, te ontzeggen.

58) Hoewel XS4ALL zich in dit opzicht enigszins verhullend heeft uitgedrukt, mag in cassatie worden aangenomen dat de rechten waar het om gaat onder meer eigendomsrechten zijn - dat heeft het hof immers in rov. 4.6.2 als uitgangspunt aanvaard (en allicht wordt dat van de kant van XS4ALL in cassatie niet bestreden(67)). Ik wil niet uitsluiten dat XS4ALL ook op rechten van andere aard een beroep wil of kan doen - maar het ligt in de rede dat als wij het probleem onderzoeken aan de hand van de rechten die XS4ALL als eigenares van de betreffende voorzieningen pretendeert, geen ongunstiger resultaat (voor XS4ALL) uit de bus kan komen dan wanneer rechten van andere aard mee in de beschouwing worden betrokken.

Verder mag als uitgangspunt dienen dat Ab.Fab voor haar doeleinden van de aan XS4ALL toebehorende voorzieningen gebruik maakt(e). Ook dat heeft het hof tot uitgangspunt genomen - en het was trouwens niet werkelijk een punt van verschil tussen de procespartijen.

Tenslotte geldt als onbetwist uitgangspunt dat XS4ALL niet wenst dat Ab.Fab van "haar" voorzieningen gebruik maakt. Dat heeft XS4ALL ook - op niet mis te verstane wijze - aan Ab.Fab te kennen gegeven.

59) Het uitgangspunt dat XS4ALL betreft, wordt in de Nederlandse rechtsleer breed ondersteund: in het algemeen mag een eigenaar anderen verbieden, gebruik te maken van de voorwerpen waar zijn eigendomsrecht op rust. Dat behoort tot de kern van de uitsluitende rechten die de eigenaar (ook blijkens art. 5:1 lid 2 BW), aan die hoedanigheid ontleent.

60) Daarbij past al meteen het voorbehoud, dat XS4ALL haar rechten als eigenares op betamelijke wijze moet uitoefenen. De door haar beheerde voorzieningen vormen immers een belangrijk element in het e-mail verkeer, en het e-mail verkeer is een factor van toenemende betekenis in de Nederlandse samenleving, zoals het hof in rov. 4.2.1 heeft vastgesteld. Om voor de hand liggende redenen kan degene die een dergelijke faciliteit in beheer heeft, zich niet dezelfde brede discretionaire weigeringsbevoegdheid aanmeten, die een louter particuliere eigenaar van een zaak die alleen die eigenaar aanbelangt(68), w?l mag toepassen. Wil XS4ALL gebruik van haar voorzieningen mogen weigeren, dan zal zij daar dus deugdelijke gronden voor moeten hebben en, alle in aanmerking komende belangen afwegend, in redelijkheid tot die weigering moeten besluiten. Dat vloeit voort uit de norm die in art 3:13 BW tot uitdrukking komt - maar bij een instelling die een sleutelpositie inneemt zoals een (grote) ISP dat doet, is de rol van die norm wat duidelijker zichtbaar.

Men ziet dat misschien nog duidelijker als men de stelling omkeert: XS4ALL zou onrechtmatig handelen

door "zomaar" beletselen voor de toegang tot haar faciliteiten op te werpen, zonder daar een steekhoudende reden voor te kunnen aanvoeren, of op gronden die, in verhouding tot de overigens geldende belangen, die beslissing in redelijkheid niet kunnen dragen. Daar zouden niet alleen de betrokken abonnees van XS4ALL zich over kunnen beklagen, maar ook de derden die op de hier veronderstelde wijze worden "buiten gesloten".

61) Het valt daarbij op dat voor andere partijen die vergelijkbare diensten van openbaar belang beheren, wettelijke regelingen gelden die het de betrokkenen, smalle marges voor uitzonderingen daargelaten, verbieden om hun faciliteiten aan degenen die daar op legale wijze van gebruik willen maken, te weigeren of te ontzeggen. Of het nu gaat om de openbare weg(69), om openbaar vervoer(70), om telecommunicatie via de openbare aanbieders van deze diensten (de hele Tw bevat regels van deze strekking), om bezorgingsdiensten van post e.d.(71) - telkens heeft de wetgever het aangewezen geoordeeld om voor de beheerders van deze faciliteiten de vrije ruimte om hun diensten te weigeren c.q. om gegadigden het gebruik van hun voorzieningen te ontzeggen, tot het uiterste te beperken.

Voor ISP's - ofschoon die voorzieningen beheren van een vergelijkbaar maatschappelijk belang - gelden dergelijke wettelijke regels niet. Daaruit zou men kunnen afleiden dat daarvoor de "normale" vrijheid van handelen "dus" intact is gebleven; de schriftelijke toelichting van XS4ALL suggereert ook dat dat zo zou zijn - maar mij lijkt eerder aannemelijk, dat het uitgangspunt dat voor andere voorzieningen van openbaar belang telkens als zo vanzelfsprekend in wettelijke regelingen is neergelegd, ook enigszins "doorwerkt" in de vrijheid van de ISP om gebruik van de door hem geboden faciliteiten te weigeren of te beletten.

62) In dit verband moet - natuurlijk - ook onder ogen worden gezien dat er grensgevallen bestaan waarin (een uiterst beperkt) gebruik van aan een eigenaar toebehorende voorzieningen, niet als inbreuk op diens eigendomsrecht mag worden aangemerkt, en waarin de geoorlooftheid van het betreffende gebruik (om die reden) niet louter aan de hand van de vraag of er inbreuk op het eigendomsrecht is mag worden beoordeeld (maar moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf of de betreffende handelwijze (overigens) aldan-niet als onzorgvuldig moet gelden). In HR 25 september 1981, NJ 1981, 315 m.nt. CJHB, rov. 3 werd een dergelijk geval beoordeeld (levering van energie aan de illegale bewoners van een pand door het openbare nutsbedrijf, tegen de wens van de eigenaar, en met "gebruikmaking" van de leidingen e.d. die van het aan die eigenaar toebehorende pand deel uitmaakten). De in rov. 4.6.2 van het bestreden arrest door het hof gekozen formulering, lijkt mede door deze beslissing te zijn ge?nspireerd.

63) De betekenis die aan het zojuist aangehaalde arrest toekomt vormt een levendig onderwerp van discussie in de doctrine. Daarbij zijn twee stromingen zichtbaar: een stroming die in dit arrest (mede) een bevestiging ziet van de gedachte dat inbreuk op een (subjectief) recht op zichzelf niet beslissend kan zijn voor de be-

oordeling van de (on)rechtmatigheid van de desbetreffende handelwijze (maar dat daarvoor beslissend is of die handelwijze al-dan-niet als onzorgvuldig moet worden aangemerkt)(72); en een stroming die ervan uitgaat dat inbreuk op een subjectief recht, behoudens rechtvaardigingsgronden, onrechtmatig is (zodat verder onderzoek naar de zorgvuldigheid van de desbetreffende gedraging niet vereist is)(73).

64) Zoals ik in de alinea's 59 - 61 hiervoor al liet blijken, meen ik dat er onvoldoende aanleiding is om voor het "normale" gebruik van de aan een ISP toebehorende faciliteiten - dus de toepassing van die faciliteiten voor de verzending, transmissie/opslag/en ontvangst van berichten -, af te stappen van het uitgangspunt dat dat gebruik aan die ISP is voorbehouden, en dat gebruik door derden dus in beginsel van de toestemming van de ISP afhankelijk mag worden gesteld. Ik beschouw de positie van (faciliteiten van) een ISP niet als zodanig uitzonderlijk, dat het gebruik van die faciliteiten tegen de verklaarde wens van de eigenaar in, desondanks niet als een gebruik zou mogen worden aangemerkt dat in beginsel inbreuk maakt op de aan de eigenaar voorbehouden rechten.

Ik meen echter tegelijkertijd - en ook daar liet ik in de alinea's 59 - 61 al van blijken - dat de bijzondere positie van een ISP meebrengt, dat die bij het onthouden van toestemming c.q. bij het opwerpen van beletselen voor het gebruik van "zijn" faciliteiten, over een veel beperktere marge beschikt, dan voor een "gewone" particuliere eigenaar geldt, en een zaak waarbij geen (veelheid aan) andere betrokkenen legitieme belangen hebben.

65) Men kan zich bij de verdere uitwerking van deze gedachte een onderscheid in twee voorstellen, ongeveer als volgt:

- de ISP mag derden het gebruik van "zijn" faciliteiten weigeren/beletten als hij daarvoor voldoende zwaarwegende gronden kan aanvoeren, en zijn beslissing niet op een als onredelijk aan te merken belangenafweging berust. Ik noem als (mogelijke) voorbeelden van gronden die bij een dergelijk besluit in aanmerking kunnen komen: de ISP wenst zichzelf en zijn abonnees de kosten van ongewenst e-mail-verkeer te besparen(74); de ISP wenst aan het risico van overbelasting van "zijn" systeem tegemoet te komen; en/of: de ISP wenst zijn abonnees, waarvan hij meent te weten dat die hun privacy zeer waarderen, te behoeden voor zendingen die als inbreuk op de privacy ervaren (kunnen) worden.

De tweede "hoofddlijn" van benadering is dan zo samen te vatten:

- de ISP mag derden alleen weren als het handelen van die derden ten opzichte van de ISP als onzorgvuldig moet worden aangemerkt.

66) In het bestreden arrest - dat overigens, althans zoals ik het begrijp, op een gedachtegang berust die in belangrijke mate bij de hiervoor verdedigde aansluit - is voor de tweede en "zwaardere" van deze varianten gekozen.

Ik denk dat daarmee een te strenge norm wordt gehanteerd; ik denk dus dat de ISP aanspraak mag maken op

een marge, ongeveer zoals aangegeven in de eerste van de in de vorige alinea omschreven formules.

Zoals al aangestipt, zal een ISP bij de beslissing hoe hij zal handelen, de maatschappelijke belangen die met zijn optreden gemoeid zijn in zijn afweging moeten betrekken. Zo zal hij niet geheel voorbij kunnen gaan aan aspecten zoals die in de alinea's 9 - 15 hiervoor werden aangestipt. In het bijzonder lijkt mij van - aanzienlijk - gewicht het aspect van de "negatieve informatievrijheid": de gedachte dat het de geadresseerde persoon zelf is die moet (kunnen) beslissen of hij bepaalde berichten wil ontvangen of wil weren, en dat er voor de hand liggende bezwaren kleven aan systemen waarbij de beslissing om informatie te weren door anderen voor de uiteindelijke geadresseerde worden genomen, zonder diens medeweten, of zonder diens instemming(75).

67) Bij de beoordeling van het laatstgenoemde gegeven lijkt mij echter weer een belangrijke wegingsfactor, dat in Richtlijn 2002/58/EG het uitgangspunt van het (soft) "opt-in" systeem is aanvaard(76). Aangenomen dat dat uitgangspunt verenigbaar is met de als grondrecht erkende informatievrijheid(77), blijkt uit die ontwikkeling dat de Europese "wetgever" een systeem van "nee, tenzij" als aanvaardbaar heeft beoordeeld - en daarmee een systeem waarin een derde (namelijk die wetgever zelf) beslist dat de (potentiële) geadresseerde van desbetreffende berichten verstoken blijft tenzij hij - zoals ook XS4ALL c.s. het willen - expliciet met de toezending instemt.

In een context waarin de wetgever die keuze heeft gemaakt (waarbij volgens mij niet van belang is of de betreffende regeling al in werking is getreden of al is geïmplementeerd - of dat het geval is doet immers niet af aan de normatieve keuze die uit de tot stand gekomen regeling blijkt), hoeft een ISP zich niet door aan de "negatieve informatievrijheid" ontleende overwegingen ervan te laten weerhouden, op te treden ter bescherming van de - op zichzelf legitieme - belangen zoals ik die in alinea 65, eerste gedachtenstreepje, summier heb aangestipt. De keuze die de wetgever inmiddels gemaakt heeft maakt immers duidelijk dat bij de te maken afweging aan de "negatieve informatievrijheid" geen doorslaggevend gewicht hoeft te worden toegekend.

[68] Een andere, overigens aanverwante vraag is, in hoeverre de abonnees van een ISP zich moeten laten welgevallen dat deze "over hun hoofden heen" maatregelen treft waardoor die abonnees van bepaalde berichten verstoken blijven. Voorzover de abonneesovereenkomst niet anders bepaalt (en het is een andere interessante vraag, in hoeverre een algemene voorwaarde van deze strekking geldig en rechtmatig mag worden overeengekomen), zou ik denken dat abonnees zich dat maar bij uitzondering hoeven te laten welgevallen. In zoverre heeft de ISP, door abonnees e-mail faciliteiten ter beschikking te stellen, zijn vrije marge om naar eigen goedgevoelen te beschikken over het gebruik van "zijn" systeem, aan banden gelegd - de mogelijkheid waarnaar art 5:1 lid 2 BW, al is dat in een enigszins ander verband, expliciet verwijst. In het verlegde hiervan zou men zich kunnen afvragen of een

ISP derden zou mogen verbieden, zich te wenden tot zijn abonnees als die abonnees daar niet in gekend zijn; en of (ook) de desbetreffende derde er een beroep op mag doen, dat aan die voorwaarde niet voldaan is.

Deze vraag is echter in de onderhavige zaak niet aan de orde (gesteld). In de feitelijke instanties is niet aangevoerd dat XS4ALL niet zonder (medeweten of) instemming van haar abonnees tegen ongevraagde reclamezendingen zou mogen optreden(78). Of de (contractuele) verhouding tussen XS4ALL en haar abonnees in die ruimte voorziet (en zo ja: in welke mate) is ook (zeker) niet een feit van algemene bekendheid. Bij gebreke van een daartoe strekkende stelling, staat het de rechter niet vrij om dat feit in zijn beoordeling te betrekken; en zoals in de voetnoot al aangegeven: ik begrijp de beslissing van het hof ook zo, dat dit gegeven daar niet in is betrokken.]

69) Aan de hand van deze beschouwingen denk ik dat Middel III in de onderdelen 1 en/of 2 met recht klaagt dat aan de beslissing van het hof waar het om XS4ALL's beroep op het vermogensrecht gaat, een onjuiste rechtsopvatting ten grondslag ligt. Zoals in onderdeel 1 van Middel III tot uitgangspunt wordt genomen, mag de eigenaar van faciliteiten van een ISP zijn rechten invoeren tegen derden die die faciliteiten zonder zijn toestemming en tegen zijn kenbaar gemaakte wil, (willen) gebruiken. Dat is niet pas dan anders, als het gedrag van de derde waartegen de ISP zich verzet - zoals het hof dat in rov. 4.6.2 en 4.6.5 heeft geformuleerd - een vorm van gebruik oplevert die in de specifieke omstandigheden van dit geval jegens de ISP onrechtmatig is; het is (al) voldoende dat de ISP met zijn verzet legitieme en niet als onvoldoende zwaarwegend aan te merken belangen wenst te behartigen, en er geen sprake is van een zodanige belangenonevenredigheid, dat de ISP zich daardoor van zijn handelwijze zou moeten laten weerhouden.

70) In onderdeel 2 van Middel III wordt op een aantal belangen een beroep gedaan die XS4ALL aan het door haar gekozen beleid ten grondslag heeft gelegd, en die een ISP inderdaad bij zijn beleidskeuze in aanmerking mag nemen.

Het is van belang om onder ogen te zien dat het optreden van de ISP in de hier te beoordelen omstandigheden niet pas dan gerechtvaardigd is, als de handelwijze van de derde die de ISP wenst te beletten, op zichzelf beschouwd al aan de belangen die de ISP wenst te beschermen aanzienlijke of onaanvaardbaar te achten schade toebrengt; het is al voldoende wanneer het beletten van de betreffende handelwijze ertoe kan bijdragen, dat aantasting van de belangen waar het beleid van de ISP op gericht is, wordt voorkomen of verminderd. Dat kan ook het geval zijn als de derde aan wie de ISP gebruik van de betreffende faciliteiten wil beletten individueel de betreffende belangen niet, of slechts in geringe mate aantast. Als er sprake is van gebruik door een aanzienlijk aantal derden, onder omstandigheden waarin iedere betrokkene afzonderlijk geen onaanvaardbare aantasting van de belangen die de ISP wil beschermen teweeg brengt, maar het gezamenlijke optreden van die derden w?l een dergelijke

aantasting oplevert of k?n opleveren, kan het optreden van de ISP daardoor gerechtvaardigd zijn. Dat optreden moet immers, in de hiervoor verdedigde zienswijze, worden beoordeeld naar de maatstaf of de ISP daarmee legitieme en (niet on)voldoende zwaarwegende belangen dient, en er geen belangenonevenredigheid aan in de weg staat. Dat k?n in de in de vorige volzinnen omschreven omstandigheden geredelijk het geval zijn, zonder dat er sprake hoeft te zijn van individueel optreden van de betrokken derde dat op zichzelf al (en beoordeeld naast de inbreuk op het eigendomsrecht) jegens de ISP als onrechtmatig is te beschouwen ?f dat, op zichzelf genomen, al een onaanvaardbare, althans aanmerkelijke aantasting van de belangen die de ISP beoogt te beschermen, teweeg brengt. Ik besteed speciale aandacht aan dit laatste punt, (mede) omdat XS4ALL c.s. het in onderdeel 2 sub b van Middel III afzonderlijk - en nadrukkelijk - naar voren halen.

De beoordeling van het hier besproken gegeven door het hof berust klaarblijkelijk op een ten opzichte van de ISP strengere maatstaf; en uit mijn eerdere bespiegelingen zal duidelijk zijn geworden dat ik die te streng vind.

71) De klacht van onderdeel 2 van Middel III, waarin een beroep wordt gedaan op de algemene contractvoorwaarden die XS4ALL en andere ISP's zouden hanteren, acht ik daarentegen ongegrond, in die zin dat voorzover de handelwijze van Ab.Fab overigens als rechtmatig ten opzichte van XS4ALL zou moeten worden beoordeeld, dat volgens mij niet anders wordt doordat veel ISP's algemene voorwaarden toepassen die zich tegen die handelwijze keren (?n Ab.Fab - naar ik wel als vaststaand wil aannemen - van dat feit (dus: het veelvuldige gebruik van dergelijke algemene voorwaarden) op de hoogte was). Iemand hoeft zich niet van een overigens als rechtmatig aan te merken vorm van (markt)gedrag te laten weerhouden door het feit dat andere marktdeelnemers die dat gedrag bezwaarlijk achten, algemene contractvoorwaarden hanteren die erop gericht zijn dat gedrag te beteugelen(79).

72) Daarmee kom ik tot de slotsom dat de klachten van onderdeel 1 en/of onderdeel 2 van Middel III als gegrond zijn aan te merken; en dat voor de overige klachten van het middel het omgekeerde geldt.

Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging van het bestreden arrest, met verwijzing van de zaak en beslissing over de kosten als gebruikelijk.

Noten bij Conclusie A.-G.

1 In de cassatiedagvaarding staat, kennelijk per abuis, [...].

2 Zie ook de rov. 1 a-g van het in de eerste aanleg gewezen vonnis van 7 maart 2002 en rov. 3 van het bestreden arrest.

3 De uitdrukking "opt-in systeem" wordt in dit verband gebruikt voor regelingen die de eis stellen dat degene aan wie een elektronische (reclame)boodschap wordt gestuurd, daarvoor van tevoren zijn toestemming moet hebben gegeven.

4 Partijen hebben uitvoerig gedebatteerd over de aan dit neologisme toe te kennen betekenis. XS4ALL c.s. verstaan daaronder "ongevraagde massareclame via e-mail" (pleitnota eerste aanleg, alinea 4; schriftelijke toelichting, alinea 1.1).

5 Pleitnotities eerste aanleg, p. 15-16; idem alinea 6 van de memorie van antwoord in het principaal appel.

6 Zie over de uitspraak in eerste aanleg Moerel c.s., On-line reclame, 2002, par. 6.2.9; Lodder - Bergfeld, NJB 2002, p. 1057; Alberdingk Thijm, Mediaforum 2002, p. 126; en Kamerst. II 2001 - 2002, 28 197 nr. 4, p. 7 en 2002 - 2003, nr. 5, p. 16 - 17.

7 Zie over de uitspraak in appel o.m. Losbl. Wbp (S.H. Katus), art. 8, aant. 7; Croles, Juridisch up to date 2003, p. 17 e.v.; Kabel, Computerrecht 2002, p. 306 e.v.; Kroes, Mediaforum 2002, p. 298; Noorda, Mediaforum 2002, p. 276 e.v.; en Kamerst. II 2002 - 2003, 28 197, nr. 5, p. 17 - 18.

8 Art. 402, lid 2, jo. art. 339, lid 2, Rv.

9 Ab.Fab zou - mede vanwege de hoge kosten van het hoger beroep - het onderhavige bedrijf hebben gestaakt, aldus Lodder, Computerrecht 2003, p. 153.

10 In de onderhavige zaak wordt benadrukt dat Ab.Fab ongevraagd reclameboodschappen aan geadresseerden verstuurt. Dat is zo; maar dat hebben de boodschappen van Ab.Fab gemeen met de grote meerderheid van reclameboodschappen: "brievenbusreclame", radio- en televisiereclame, reclame in de gedrukte media of reclame door "posters" langs de weg - die bereiken ons allemaal meestal (heel af en toe zoekt men in een krant of tijdschrift welbewust de advertentierubriek op) zonder dat wij daarom gevraagd hebben. Natuurlijk wisten wij, toen wij de radio of televisie aanzetten, een krant of tijdschrift opnamen of de openbare weg opgingen, dat wij hoogstwaarschijnlijk aan reclame zouden worden blootgesteld - maar dat levert niet op dat wij ervoor gekozen hebben, die reclame toe te laten (en al helemaal niet, dat wij ervoor gekozen hebben de specifieke boodschappen ter kennis te nemen, die wij dan te horen, te zien of te lezen krijgen). Wij hebben ons begeven in een situatie waarin wij met reclameboodschappen - waar wij niet om gevraagd hebben - benaderd zouden worden. Ik denk dat het wat dat betreft met het "nemen" van een e-mailfaciliteit en het raadplegen daarvan, niet wezenlijk anders ligt. Men vraagt niet om wat men langs (ook) die weg aangeboden krijgt - men weet wel, dat men zich blootstelt aan wat langs die weg aangeboden kan worden.

11 Zie voor bedrijven o.a. de discussie in de Tweede Kamer, blijkend uit Handelingen II 2003 - 2004, nr. 14, p. 783.

12 Zie ook de stellingen van XS4ALL c.s. over de uitkomsten van opinie-onderzoeken hierover, pleitnota in eerste aanleg, alinea 19.

13 Kabel, Uitingvrijheid en absolute beperkingen op handelsreclame, diss. 1981; De Meij e.a., Uitingvrijheid, 2000, p. 134.

14 Zie de Parlementaire Geschiedenis van het hierna uitvoeriger te bespreken wetsontwerp 28 851, Kamerst. II 2002 - 2003, nr. 7, p. 44, waar aan de orde is dat zgn.

"filtering" zonder toestemming/medeweten van de abonnee niet toegestaan zou zijn.

15 Het gaat dan overigens niet alleen om het aanbod van waren en diensten, maar ook om ideële, culturele en politieke informatie.

16 Naast de maatschappelijke relevantie van dit gegeven, moet dan ook rekening worden gehouden met de juridische aspecten ervan, bijvoorbeeld op het gebied van de al terloops genoemde informatievrijheid. In Nederland is het vooral Kabel die over dit onderwerp heeft gepubliceerd, zie behalve de in voetnoot 13 genoemde dissertatie o.a. Computerrecht 2002, p. 306 e.v., met verdere verwijzingen.

17 Zie bijvoorbeeld Kabel, IER 2001, p. 262, o.a. met verwijzing naar BGH 16 februari 1973, GRUR 1973, p. 552.

18 Men kan daarvan zelfs verwachtingen hebben die misschien als overspannen moeten worden aangemerkt - zoals men zou kunnen vermoeden dat het geval is met betrekking tot de recente initiatieven tot het beteugelen van reclame voor rookwaren, alcoholische drank of snoepgoed.

19 Daarmee wordt niet een perfecte afweging gegarandeerd; zie voor kritiek op de thans in voorbereiding zijnde wetgeving bijvoorbeeld Alberdingk Thijm, Financieel Dagblad 24 september 2003, p. 9; maar daarmee wordt de afweging wel geplaatst bij het staatsrechtelijk daartoe aangewezen lichaam, en een lichaam dat een beter forum biedt voor het geldend maken van alle betrokken belangen, dan een civiele procedure, waarin nu eenmaal alleen de partijen aan het woord plegen te komen, kan bieden.

20 Van de vele beslissingen waaruit dat blijkt, kies ik HR 20 december 2002, NJ 2003, 141, m.nt. Ma, rov. 3.3.3 en HR 15 februari 2002, NJ 2002, 464, m.nt. J.H. Spoor en Ma, rov. 5.6 en 6.3.

21 Bijvoorbeeld HR 1 december 1972, NJ 1973, 111 m.nt. LWH, "O. omtrent het eerste middel".

22 PbEG 1995 L 281, p. 31 e.v., die gaat over de verwerking van persoonsgegevens en het vrije verkeer van die gegevens.

23 PbEG 1998 L 24 p. 1 e.v., die betrekking heeft op verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector; in de literatuur wel aangeduid met de (voor mij niet aanstonds duidelijke) benaming: "ISDN-Richtlijn".

24 PbEG 2002 L 201, p. 37 e.v., betreffende privacy en elektronische communicatie.

25 Richtlijn 97/7/EG (PbEG 1997 L 144, p. 19 e.v., betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten) waarnaar de klacht eveneens verwijst, is volgens mij alleen daarom van belang, omdat bijlage I bij deze richtlijn een indicatieve lijst bevat van technieken waarop deze richtlijn van toepassing is, waarin "Telefoon zonder menselijke tussenkomst (oproepautomaat, audiotekst)", "Telefax" en "Elektronische post" als afzonderlijke communicatietechnieken van elkaar worden onderscheiden; en omdat de Nederlandse regering bij de implementatie van deze richtlijn te kennen heeft gegeven dat elektronische post

niet valt onder het begrip "automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst" (zie Kamerst. II 1999 - 2000, 26 861, nr. 3, p. 9); zie ook rov. 4.3.5 en 4.3.6 van het bestreden arrest. Afgezien van de zojuist genoemde aspecten, laat ik deze richtlijn verder buiten beschouwing. Hetzelfde geldt voor Richtlijn 2000/31/EG (PbEG 2000 L 178, p. 1 e.v. "inzake elektronische handel") waarnaar het hof in rov. 4.3.6 verwijst. (Ook) deze richtlijn speelt alleen een rol omdat bij de implementatie daarvan is aangenomen dat elektronische post niet valt onder het begrip "automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst" (zie Kamerst. II 2001 - 2002, 28 197 nr. 3, p. 21 e.v. en p. 43 en 2002 - 2003, 28 197, nr. 5, p. 16).

26 Wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Dit wetsvoorstel beoogt (dus) onder meer de implementatie van Richtlijn 2002/58/EG.

Het wetsvoorstel is op 28 oktober jl. door de Tweede Kamer aangenomen.

27 Kamerst. II 2002 - 2003, 28 851, nr. 3, p. 45.

28 Deze verwijzing bevat een typfout, zie voetnoot 22.

29 In dezelfde zin de Parlementaire Geschiedenis bij de Wbp., zie bijvoorbeeld Kamerst. II 1998 - 1999, 25 892, nr. 6, p. 11-12.

30 De richtlijn trad in werking op de dag van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (art. 20); de bekendmaking is van 31 juli 2002 (PbEG L 201, p. 37).

31 De term 'soft' heeft betrekking op de uitzondering op het opt in-regime voor het verzenden van e-mail aan eigen klanten (art. 13 lid 2 Richtlijn).

32 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie, PbEG 2000 C 365 E, p. 223 e.v. Ik teken aan dat er ook uitingen zijn waarin de vraag niet eenduidig wordt beantwoord, zie bijvoorbeeld het antwoord van de minister op de vraag van de fractie van D66 of spamming onder ongewenst toezenden van drukwerk valt (vraag: Kamerst. II 1997 - 1998, 25 533, nr. 4, p. 45-46 en antwoord: nr. 5, p. 124). Zie ook het antwoord van de minister op de vraag van kamerlid mw. Roethof omtrent de wenselijkheid van regelgeving ter bestrijding van het ongevraagd toesturen van e-mails: Kamerst. II 1997 - 1998, 24 565, nr. 9, p. 1-2. Duidelijker is de regering in Kamerst. II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 165 waar wordt gesteld: "Geen bijzondere regels zijn er nog voor direct marketing via elektronische post, bij voorbeeld Internet. Deze vallen daarom onder het voorgestelde artikel 41". (Daarmee wordt bedoeld: art. 41 van de Wbp.).

34 Kamerst. II 2002 - 2003, 28 851, nr. 3, p. 46 (voetnoot 11 die tot dit citaat behoort, is weggelaten); zie ook p. 160.

35 Over de spam-problematiek is (vooral) in het kader van de verschillende wetgevingsinitiatieven veel in de (Tweede) Kamer gezegd. Zie bijvoorbeeld Kamerst. II 2002 - 2003, 28 851, nr. 3, p. 48; nr. 6, p. 17, 29 en 30; nr. 7, p. 43 - 44 en p. 83 - 84; Kamerst. II 2003 - 2004, 28 851, nr. 48, p. 2 - 3; Handelingen II 2003 - 2004, nr. 13, p. 757 l.k., p. 762 m. en r.k., p. 763 l. en m.k., p. 768 r.k., p. 769 l.k., p. 771 r.k., p. 773 m.k. en p. 775, m.k.; en nr. 14, p. 781 l.k., p. 782 l.k., p. 783 r.k., p. 784 r.k., p. 785 l. en m.k., p. 787 r.k., p. 788 m.k., p. 789 r.k., p. 797 m. en r.k., p. 798 r.k., p. 800 r.k., p. 801 l.k. en p. 802 m. en r.k. In verband met wetsontwerp 28 197 noem ik als vindplaatsen: Kamerst. II 2001 - 2002, nr. 4, p. 6; Kamerst. II 2002 - 2003, nr. 5, p. 17; Handelingen II 2003 - 2004, nr. 6, p. 227 r.k., p. 228 l.k., p. 229 r.k., p. 230 l.k., p. 231 m. en r.k., p. 232 m.k., p. 234, p. 237 r.k., p. 238 l. en r.k. en p. 240 l.k. Zie ook Kamerst. II 2003 - 2004, 28 197, nr. 16.

36 Kamerst. II 2002 - 2003, 28 851, nr. 3, p. 48. Op dit citaat volgt een uiteenzetting over de redenen om ook e-mail onder het opt in-regime te brengen (genoemd worden: "kostenverschuiving" ten laste van de ISP en de gebruiker (en irritatie); en mogelijke overbelasting van de systemen).

37 Kamerst. II 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 85. Van overeenkomstige strekking: voetnoot 25 op p. 160.

38 Steenbruggen, Computerrecht 2003, p. 33 - 34; Moerel c.s., On-line reclame, 2002, par. 6.2.2; Noorda, Mediaforum 2002, p. 274 en p. 276, noot 32; Lodder en Bergfeld, NJB 2002, p. 1054; Kroes, Mediaforum 2002, p. 298; Kabel, Computerrecht 2002, p. 307; aarzelen: T&C Telecommunicatiewet, 2001, Zwenne, art. 11.7, aant. 3; geen ondubbelzinnige uitspraak: Dommering c.s., Handboek Telecommunicatierecht, 1999, p. 629 - 630. Artz, "Juridische aspecten van e-mail, 2001, par. 6.2.3 - 6.2.3.2, neigt ertoe automatische e-mailverzending wel onder het bereik van art. 11.7 lid 1 Tw te brengen.

39 HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 649 m.nt. DWFV, rov. 3.3 en 3.4; Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, diss. 2001, par. 2.3 en p. 41 e.v.; Prechal, Directives in European Community Law, 1995, par. 10.7, i.h.b. p. 227 - 228.

40 Art. 17 lid 1 van de Richtlijn.

41 Kamerst. II 2002 - 2003, 28 851, nr. 7, p. 3-4.

42 Zie over dit probleem bijvoorbeeld Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, diss. 2001, p. 46 e.v.

43 Ik gebruik voorzichtigheidshalve de verleden tijd. Intussen denk ik dat de norm ook vandaag nog dezelfde is, met dien verstande dat ik er rekening mee houd dat Richtlijn 2002/58/EG en het zojuist door de Tweede Kamer aanvaarde wetsontwerp 28 851 dat de implementatie daarvan beoogt, meebrengen dat thans in meer (concrete) gevallen schending van de norm zal moeten worden aangenomen, dan destijds. (Pas) nadat het wetsontwerp tot wet is geworden, zal die wet voor de geoorlooftheid van de bedoelde handelwijze bepalend zijn.

44 Het betreft hier een afweging die vergelijkbaar is met de afwegingen die in HR 21 januari 1994, NJ 1994,

473 m.nt. DWFV, rov. 3.5 (E./Panorama) en HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 m.nt. CJHB, rov. 3.5 ("Priv?"/de Borbon Parma c.s.), beide eveneens gevallen waarin vrije meningsuiting en privacy tegenover elkaar stonden, zijn onderzocht. Ik merk nog op dat in de schriftelijke toelichting (alinea 19) wordt geopperd dat als het om voor priv?-doeleinden geopende elektronische "brievenbussen" gaat, er geen conflict zou (hoeven te) bestaan tussen het recht op privacy en het recht van informatievrijheid. Ik geloof dat hier, in een nieuwe variant, wordt verdedigd dat het recht op privacy in bepaalde omstandigheden "absoluut" moet prevaleren boven het recht op informatievrijheid. Die opvatting is in de zojuist aangehaalde arresten in zijn algemeenheid verworpen; en ik zie geen goede grond om in de hier aanwezige context een andere uitkomst te verdedigen, dan in die arresten is aangenomen. Het door XS4ALL c.s. in dit verband aangehaalde arrest HR 26 februari 1999, NJ 1999, 716 m.nt. EJD (i.h.b. rov. 3.3) levert eerder steun op voor het tegendeel van het namens XS4ALL c.s. verdedigde standpunt.

45 Zie bijvoorbeeld HR 11 juli 2003, RvdW 2003, 128, rov. 3.5.2.

46 Met dien verstande dat de laatste klacht van dit middel een ruimere strekking heeft; daar wordt - opnieuw - verwezen naar de algemene normen van art 6:162 BW, waarbinnen, volgens XS4ALL c.s., hun beroep op schendingen van de Wbp. als ??n van de wegingsfactoren zou moeten worden beschouwd.

47 Zie ook het slot van art. 7 sub f van Richtlijn 95/46/EG en overweging 30 uit de considerans van deze Richtlijn.

48 De "verantwoordelijke" is ingevolge art. 1 Wbp. degene die het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt. De "betrokkene" is degene op wie een persoonsgegeven betrekking heeft. "Derde" is (daar komt het op neer) iedereen die niet onder een van de andere definities van de Wbp. valt.

49 Kamerst. II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 80. De herkomst van de begrippen proportionaliteit en subsidiariteit (tot uitdrukking komend in het woord "noodzakelijk") ligt in art. 8 EVRM; zie Kamerst. II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 8 en Kamerst. I 1999 - 2000, 25 892, nr. 92c, p. 6.

50 Kamerst. II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 87.

51 In cassatie wordt ook niet verdedigd dat de Wbp. verwerking van persoonsgegevens ten dienste van "direct marketing" of "direct mail" als zodanig zou (willen) verbieden.

52 Aldus ook de Nederlandse literatuur: Wet bescherming persoonsgegevens (losbl.), Katus, aant. 7 bij art. 8 en aant. 1 bij art. 41; Handboek Privacy (losbl.), Holleman c.s., p. 1300-179 e.v.; Moerel c.s., On-line reclame, 2002, par. 6.2.1. Zie uit de wetsgeschiedenis van de Wpb. verder: Kamerst. II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 164 - 169 en 1998 - 1999, nr. 8, p. 16.

53 Over direct marketing in verband met deze bepaling: Kamerst. II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 165 - 167; nr. 5, p. 9 - 10; 1998 - 1999, nr. 6, p. 14 - 15, 32 en 49 -

50; nr. 13, p. 18. Zie over het gegeven: gerechtvaardigd belang, ook nr. 13, p. 6.

54 Kamerst. II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 88, met aansprekende voorbeelden.

55 O.a. Conclusie van Antwoord eerste aanleg, nr.9.

56 Dit is door XS4ALL c.s. zelf aangevoerd, pleitnota in eerste aanleg, alinea 20.

57 Waarbij het hof als irrelevant heeft aangemerkt dat Ab.Fab (mede) de handelsnaam Selectmymail gebruikte, rov. 4.4.7.

58 Zie voor de hier genoemde gegevens: Conclusie van Antwoord eerste aanleg, nr. 8.3 sub b - e en p. 26, tweede den derde volle alinea's; Memorie van Antwoord in incidenteel appel in zaaknr. 02/0543 ([eiser] c.s./ Ab.Fab), nr. 7.

59 Het middel lijkt hier uit het oog te verliezen dat het in beginsel - in een kort geding zijn de "gewone" regels dienaangaande niet onverkort toepasselijk - aan XS4ALL c.s. was om aannemelijk te maken dat er van schending van de bedoelde regels sprake was, en niet aan Ab.Fab - laat staan aan het hof - om het tegendeel aan te tonen.

60 Daaronder bevindt zich ook het -zelfstandig dragende - oordeel in rov. 4.4.8, dat Ab.Fab nog tot 1 september 2002 de tijd had om de gegevensverwerkingen in overeenstemming met de wet te brengen. Ook om die reden kan deze klacht niet tot cassatie leiden.

61 Kamerst. II 1997 - 1998, 25 892, nr. 3, p. 176.

62 Wet van 28 december 1988, Stb. 665; door mij geraadpleegd via Schuurman & Jordens editie 199.

63 Kamerst. II 1984 - 1985, 19 095, nr. 3, m.n. p. 39.

64 Kamerst. II 1998 - 1999, 25 892, nr. 11, p. 5

65 Dat XS4ALL geen aanspraak kan maken op vorderingsrechten als bedoeld in art. 3:305a BW is in deze zaak niet in geschil.

66 Ik breng in herinnering het in alinea 11 hiervoor aangestipte gegeven van de "negatieve informatievrijheid": ook in het hier besproken verband kan ik mij goed voorstellen dat betrokkenen het aan zichzelf ter beoordeling willen voorbehouden, of zij tegen bepaalde wijzen van verwerking van hun persoonsgegevens bezwaar hebben - en in elk geval, dat zij niet willen dat een ISP daar "over hun hoofd heen" over beslist. Die gedachte maakt nader onaannemelijk dat de Wbp. ertoe zou strekken dat derden, met een beroep op voor hun opkomende nadelen, de betrokkene dat oordeel effectief uit handen zouden mogen nemen.

67 In alinea 2 van de schriftelijke toelichting worden nadere gegevens over de eigendomsrechten van ISP's aangevoerd. In cassatie kunnen die gegevens niet als vaststaand gelden (de schriftelijke toelichting geeft ook niet aan in hoeverre het hier in algemene termen besprokene, met de voor XS4ALL geldende situatie overeenstemt). Wel kunnen die gegevens bijdragen tot een beter begrip van het namens XS4ALL verdedigde standpunt.

68 De ruime vrije marge die het recht voor de eigenaar inruimt, berust op z'n minst voor een (belangrijk) deel op de premisse dat het anderen meestal niet aangaat wat die eigenaar met "zijn" zaak doet. Zodra een zaak in het maatschappelijk verkeer een plaats inneemt die

meebrengt dat het anderen w?l in hoge mate aangaat wat de eigenaar daarmee doet, komt de vraag naar voren of dat niet beperkingen aan de beschikkingsvrijheid van de eigenaar oplegt. Aan die vraag wordt op heel verschillende manieren tegemoet gekomen - in veel gevallen door wet-/regelgeving, maar ook wel door ongeschreven regels, en bij gebreke van andere regels in elk geval door de algemene norm van art. 3:13 BW. Door zulke regels komt de vanzelfsprekendheid van de handelingsvrijheid van de eigenaar onder druk te staan, naarmate (meer) anderen (legitieme) belangen hebben bij de zaak waar het om gaat.

69 Art. 14 van de Wegenwet.

70 Art. 30 lid 3 Wet personenvervoer 2000.

71 Art. 2 lid 2 Postwet met aanverwant(e) besluit(en).

72 Exponenten van deze opvatting - overigens met belangrijke onderlinge verschillen - zijn Van Boom, WPNR 6441, p. 337 - 338; Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, 2000, p. 232 - 243; Van Maanen - De Lange, Onrechtmatige Overheidsdaad, 2000, p. 84 - 85; Schut, Onrechtmatige daad volgens BW en NBW, 1997, p. 55 - 58; Van Maanen, Onrechtmatige daad (etc.), diss. 1986, p. 224. (De - omvangrijke - oudere literatuur wordt in deze vindplaatsen (en in de in de volgende voetnoot gegeven vindplaatsen) aangehaald.)

73 Zie voor deze opvatting - ook hier met belangrijke onderlinge verschillen -, Asser - Hartkamp 4 - III, 2002, nr. 41; Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten, 2002, nr. 31; Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, diss. 2000; Jansen, Mon. Nieuw BW B45, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen, 1996, p. 29 - 30; Streefkerk, BW-krant jaarboek 1996, p. 77 - 80; Gerbrandy, Praktijkgevallen goederenrecht, 1995, p. 27 - 30; Roelvink in "CJHB" (Brunner - bundel), 1994, p. 327 - 330; Brunner, noot onder NJ 1982, 315.

74 Uit de stukken blijken sterk uiteenlopende schattingen van de kosten die met het verzenden, overbrengen en ontvangen van ongevraagde grootschalige reclame per e-mail gemoeid zijn; zie bijvoorbeeld de pleitnota namens XS4ALL c.s. in eerste aanleg, alinea's 6, 14, 57, 62 en 63; de pleitnota in eerste aanleg namens Ab.Fab, alinea's 7.1 - 7.3; en de schriftelijke toelichting in cassatie, alinea's 1.2, 7 en 8. NRC-Handelsblad van 6 november 2003 noemt op p. 14 de getallen van 2,5 miljard ?/jaar voor de EG en 10 miljard ?/jaar wereldwijd, aan "verlies van bedrijven". (Of daarmee hetzelfde bedoeld wordt als de kosten van verzending/transmissie/ontvangst is mij niet duidelijk. Getallen van vergelijkbare grootte zijn ook in andere bronnen te vinden, bijvoorbeeld Handelingen II 2003 - 2004 nr. 6, p. 227.)

75 Zie voor de belangenafweging waartoe de eigenaar van zaken van "publiek belang" gehouden kan zijn bijvoorbeeld Zakenrecht (losbl.), Den Tonkelaar, art. 1, aant. 56 - 63; Asser-Mijnssen-Van Dam-Van Velten, 2002, nrs. 53 en 54; Snijders - Rank-Berenschot, Goederenrecht, 1994, nrs. 179 - 187. Algemene beschouwingen over dit onderwerp bij Hennekens, Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht, 1993.

Bij de (ongeschreven) regels waarmee een eigenaar rekening heeft te houden valt ook te wijzen op de regel

dat wie een of meer overeenkomsten aangaat die met (vele) andere overeenkomsten (of andere rechtsfeiten) verband houden, rekening moet houden met de gerechtvaardigde verwachtingen die andere betrokkenen bij dergelijke overeenkomsten/rechtsfeiten aan het bestaan van het samenstel van die overeenkomsten etc. ontleen. Ik denk daarbij aan de leer die tot uitdrukking komt in beslissingen als HR 12 oktober 1979, NJ 1980, 117 m.nt. GJS, ("O. omtrent het principale middel") en HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323 (Staat/Degens). Die regel kan een rol spelen in een situatie als die van XS4ALL, die immers een belangrijke plaats inneemt in het netwerk van (rechts)betrekkingen met haar abonnees en met de andere deelnemers aan het internet (zoals de andere ISP's waarmee zij in verbinding staat).

76 Waarbij blijkens alinea 40 van de considerans overwegingen als doorslaggevend zijn aangemerkt, die grotendeels samenvallen met de in alinea 65 hiervoor in het eerste gedachtestreepje beschreven overwegingen (van de ISP); zie ook de Memorie van Toelichting bij het implementatiewetsontwerp, Kamerst. II 2002 - 2003, 28 851, nr. 3, p. 48.

77 Kabel plaatst daarbij in zijn in voetnoten 13 en 17 genoemde publicaties wel enkele vraagtekens; maar evenals Kabel zou ik menen dat de regels van de nieuwe Richtlijn niet met - in het bijzonder - art. 10 EVRM onverenigbaar zijn. In aansluiting hierop lijkt het mij ook aannemelijk, dat het wettelijke beletsel dat men niet van andermans eigendommen gebruik mag maken om informatie te verspreiden (zie het slot van de toelichting bij Grief III in (principaal) appel), niet onverenigbaar is met de grondrechtelijke informatievrijheid. (Ik zie dan ook geen absoluut beletsel voor regels die het aanplakken van zijn meningsuiting aan de aan een ander toebehorende zaak verbieden.). EHRM 28 juni 2001, NJ 2002, 181 m.nt. EJD, ?? 44 - 46 gaat overigens welbewust (het Hof noemt de beoordeling van de kwestie in het daar aan de orde zijnde geschil zowel niet-noodzakelijk als onwenselijk), aan dit probleem voorbij.

78 Ik denk dat de overweging die de President in het vonnis in eerste aanleg in rov. 6 heeft gewijd aan het (contractuele) verbod van ongevraagde verzending van massale e-mail dat XS4ALL aan haar klanten oplegt, (mede) tot uitdrukking beoogt te brengen, dat naar het oordeel van de President, die contractuele relatie - gezien het overeengekomen verbod - ertoe strekt dat aan XS4ALL de ruimte wordt gelaten om tegen dit verschijnsel op te treden; in soortgelijke zin ook alinea's 20, 21, 24, 25, 37 en 60 van de Memorie van Antwoord namens XS4ALL en de pleitnota in appel namens XS4ALL c.s., alinea's 8, 9, 13, 14. Ab.Fab heeft dit gegeven (voor het eerst) besproken in de pleitnota in appel, alinea's 8.3 en 8.6; en ik beschouw wat daar gesteld is niet als een duidelijke stelling van de zojuist in alinea 68 onderzochte strekking. XS4ALL c.s. zouden overigens met enig recht (hebben) kunnen betogen dat het te laat is wanneer men, als (principaal) appelland, bij pleitnota in appel bezwaar maakt tegen een dragende overweging van het vonnis van de eerste aanleg. Ik laat dit verder daar. Er zijn geen aanwijzingen dat het

hof dit betoog van Ab.Fab als aannemelijk heeft beoordeeld, of anderszins in zijn overwegingen heeft betrokken.

(Ik merk in dit verband terzijde op dat ik, anders dan Ab.Fab (zie Grief II in het principale appel van Ab.Fab en de toelichting daarbij, alinea's 9 - 12 van de Memorie van Antwoord in incidenteel appel in die zaak, en de pleitnota namens Ab.Fab in appel, alinea's 8.1 - 8.2), (dus) niet denk dat de hiervoor besproken overweging van de President ertoe strekt om aan de desbetreffende voorwaarde uit de contractuele verhouding tussen XS4ALL en haar klanten, "derdenwerking" ten opzichte van Ab.Fab toe te kennen.)

79 HR 13 januari 1961, NJ 1962, 245 en HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246 m.nt. H.B. (arresten uit de bekende serie "Grundig"-arresten) zijn ook vandaag de dag nog illustratief voor de mate waarin men zich bij zijn marktgedrag naar de door anderen gehanteerde voorwaarden heeft te richten. Er is te minder reden om een gehoudenheid van de derde om zulke voorwaarden te respecteren aan te nemen, als die voorwaarden er juist toe strekken, die derde een overigens geoorloofde handelwijze onmogelijk te maken. "Pro memorie" vermeld ik dat mij voor twijfel vatbaar lijkt of algemeen in een bepaalde branche gangbare voorwaarden die ertoe strekken, derden een overigens geoorloofd marktgedrag te beletten, uit een oogpunt van mededingingsrecht vrij lopen van de in dat verband voor de hand liggende bedenkingen; voor deze zaak behoeft die vraag, denk ik, geen verder onderzoek.
