

Spam: abonnees, ontvangers en de kracht van de bestuurlijke boete

Opinie

Remy Chavannes*

Met de Richtlijn Privacy en elektronische communicatie (2002/58/EG) beslechtte de gemeenschaps-wetgever vorige zomer de 'spammen-strijd' in het voordeel van de 'soft opt-in'. Commerciële e-mail zonder voorafgaande toestemming van de abonnee wordt verboden, maar bedrijven mogen hun bestaande klanten ongevraagd blijven informeren over eigen gelijkaardige producten, mits ze hen daarbij steeds gelegenheid geven zich alsnog af te melden.

Een deel van de Tweede Kamer wil het implementatievoorstel van de regering op twee punten wijzigen: in reikwijdte, door niet alleen e-mail thuis maar ook e-mail op de werkplek te beschermen en in handhaving, door het spamverbod strafrechtelijk te sanctioneren. Omdat het wetsvoorstel ter implementatie van de E-commerce richtlijn eerder plenair werd behandeld dan dat van de telecomrichtlijnen, diende PvdA-Kamerlid Van Dam zijn amendement bij die gelegenheid in (28 197, nr. 14). In een brief aan de Tweede Kamer van 7 oktober 2003 liet Minister Donner echter weten dat amendement ernstig te ontraden (28 197, nr. 16). Ironisch gevolg is dat de implementatie van de E-commerce richtlijn nog verdere vertraging oploopt. Maar zijn Donners bezwaren terecht?

Een eerste bezwaar van wetgevingstechnische aard is dat het spamverbod niet in de E-commerce richtlijn staat en dus niet thuishoort in deze implementatiewet. Dat is op zich helemaal waar (zie Aanwijzing voor de regelgeving nr. 337), maar het wetsvoorstel E-commerce voorziet nu nog in een opt-out systeem (dat mocht nog van de E-commerce richtlijn) en moet dus sowieso geamendeerd worden.

Vervolgens de reikwijdte van het verbod. Blijkens artikel 13 lid 5 van de richtlijn geldt het spamverbod alleen voor abonnees die natuurlijk persoon zijn. Op uw privé-adres (waar u zelf abonnee bent) bent u dus veilig, maar uw werkadres (waar de baas de abonnee is) is vogelvrij. In zijn brief aan de Tweede Kamer schreef Minister Donner dat VNO-NCW hem heeft laten weten 'dat ondernemingen wel degelijk ook graag ongevraagde elektronische post ontvangen van hun collega-ondernemers.' Hij geeft er geen blijk van ook de mening van andere organisaties te hebben gevraagd. Ik betwijfel bovendien ten zeerste of de achterban van VNO-NCW, laat staan de werknemers van de achterban, dat standpunt deelt; enkele leden hebben al aangekondigd toekomstige spam te zullen doorsturen. VNO-NCW heeft hier dan ook niks mee te maken: de richtlijn beschermt de privacy van mensen en het voorstel luidt om hen die bescherming ook op hun werk te geven. Het `info@onderneming` adres mag wat mij betreft bespamd worden – VNO-NCW ook blij – maar het gaat om de `werknemer@onderneming` adressen: die zouden onder het spamverbod gebracht moeten worden. Verbied wat mij betreft dus het zenden van spam aan natuurlijke personen die geen toestemming hebben gegeven: dan bescherm je alle ontvangers zowel thuis als op hun werk, behalve kennelijk onpersoonlijke adressen als `info@onderneming`. Maar behalve het (m.i. dus onjuiste en irrelevante) standpunt van VNO-NCW noemt Donner geen enkel argument tegen de verruiming van het spamverbod die het amendement-Van Dam voorstelt. Zijn ontrading overtuigt niet.

Maar is Van Dams uitbreiding van het spamverbod – van 'abonnees' naar alle 'ontvangers' – wel in overeenstemming met de richtlijn? Ik denk het wel. Belangrijk is namelijk het vervolg van artikel 13 lid 5, dat lidstaten opdraagt tevens de rechtmatige belangen van andere abonnees dan natuurlijke personen met betrekking tot ongewenste communicatie voldoende te beschermen. Een typisch Brusselse compromisbepaling zou ik zeggen, waar iedere lidstaat mee kan doen wat hij wil. Wat mij betreft kán Nederland dus, Europeesrechtelijk gezien, besluiten dat de rechtmatige belangen van bedrijven alleen voldoende zijn beschermd door hen (én hun werknemers) onder het spamverbod te brengen.

Een ander punt is handhaving van het spamverbod. De minister heeft grote bezwaren tegen handhaving via het strafrecht want 'daardoor wordt de strafrechtelijke keten immers belast met de handhaving van normen, die primair een aangelegenheid van de daarbij betrokken marktpartijen behoort te zijn.' Marktpartijen? Spam is géén 'marktprobleem'. Het neerleggen van het spamverbod in een privacyrichtlijn geeft al aan dat het hier niet gaat om een aangelegenheid tussen marktpartijen maar om de bescherming van rechten van individuen. Hoewel sommige individuen marktpartijen zijn (en rechtspersonen niet per definitie 'marktpartij' zijn), is dat niet een onderscheid dat de richtlijn aanbrengt. De minister vervolgt dat strafbaarstelling zou leiden tot een toename van aangiften van strafbare feiten; 'dit zal bij beperkt beschikbare middelen ook onvermijdelijk ten koste gaan van de hoogst noodzakelijke aandacht voor de veiligheid.' Het lijkt mij een doelredenering. Had Pim dat gewild?

Ik geef de minister gelijk dat handhaving via het strafrecht een laatste redmiddel moet zijn. Zo ook Aanwijzing voor de regelgeving nr. 11: in principe alleen strafrechtelijke handhaving als aannemelijk wordt gemaakt dat bestuursrechtelijke of privaatrechtelijke oplossingen te kort schieten. Een bestuursorgaan kan misschien geen gevangenisstraffen uitdelen (volgens Van Dams voorstel maximaal zes maanden), maar is dat een realistische straf? Veeleer zou de politierechter een boete opleggen, in dit geval van maximaal € 11.250 (voor een bedrijf € 45.000). OPTA, daarentegen, kan boetes opleggen tot € 450.000 maar heeft dat in haar hele bestaan pas één keer gedaan (€ 375.000 aan KPN in maart 2003 in verband met discriminatie bij informatievervalsing over ADSL-bestellingen). Wat handhaving betreft gaat het dus niet om het instrumentarium maar om het beleid. Volgens de Minister van EZ zijn zowel OPTA als het College bescherming persoonsgegevens terzake bevoegd (28 851, nr. 7, p. 52-54), maar een heldere taakstelling en prioritering ontbreken. Via een motie moet de Kamer de Minister van EZ opdragen OPTA de algemene aanwijzing te geven het spamverbod streng te handhaven, inclusief centraal meldpunt, een enkele opspoorder en beleidsregels met een indicatie van de hoogte van de op te leggen boetes. Dan geeft men een veel duidelijker signaal aan de 'markt' dat het Nederland ernst is met de bestrijding van ongevraagde e-mailreclame van eigen bodem. En hoeven de misdadaadstatistieken van dit 'handhavingskabinet' er niet onder te lijden.

* Mr. R. D. Chavannes is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit blad.