

Commentaar d.d. 1 september 2005 voor B-B marketing / spam

De voorgestelde tekst is een aanzienlijke verbetering ten opzichte van de vorige versie. Echter, er zijn nog enkele vragen die naar onze mening van antwoord kunnen worden voorzien in de MvT.

De term "verzender" moet beperkt blijven tot de opdrachtgever/zelf-verzender, en niet mede de "bewerker" omvatten.

In corporate mailings is het gebruikelijk om bij de verspreiding van grotere hoeveelheden mail gebruik te maken van een externe dienstverlener. Doordat de MvT uitdrukkelijk bepaalt dat onder het begrip "verzender" zowel de zelf-verzender als de dienstverlener en diens opdrachtgever wordt begrepen, wordt juridisch de situatie geschapen dat niet alleen de opdrachtgever maar ook de dienstverlener over de (impliciete) toestemming moet beschikken. De dienstverlener is tenslotte niet de door de MvT genoemde "transporteur". Dit geldt dus zowel voor situaties in lid 1 (natuurlijke personen) als voor de situaties in lid 2 (bedrijven / beroepen).

Ondernemingen werken nu met contracten die zijn opgezet in lijn met de privacywetgeving (verantwoordelijke en afgeleide verantwoordelijkheden). De juridische situatie bij telecom verdient om parallel aan die bij privacy vorm te krijgen

Voor een goede continuering van huidige businessmodellen en contracten, is het derhalve uiterst belangrijk dat een externe dienstverlener niet als "verzender" wordt aangemerkt. Dit is alleen anders als de opdrachtgever het adressenbestand van de externe dienstverlener huurt (en dus geen eigenaar/verantwoordelijke is voor de gegevens).

Ten aanzien van onderdeel 2(a):

Het verzenden aan e-mailadressen, faxnummers en mobiele telefoonnummers (SMS) van werknemers die bijvoorbeeld op business cards zijn vermeld:

De vraag is of een dergelijk e-mailadres of fax/mobiel nummer kan worden beschouwd als een "elektronisch contactgegeven die door de abonnee (= de baas van de werknemer) daarvoor zijn bestemd en bekendgemaakt". Is het zo dat alle e-mailadressen of fax/mobiele nummers van werknemers onder dit criterium vallen? Of moet er gekeken worden naar de functie die iemand bekleedt (bijv. inkoper) waaruit kan worden afgeleid dat zijn e-mailadres of fax/mobiel nummer voor dit soort doeleinden bestemd is? Of vallen e-mailadressen en fax/mobiele nummers van werknemers onder de hoofdregel van lid 1 (maar zij zijn geen abonnee)?

Onze voorkeur gaat uit naar het eerste en eventueel het tweede. Het wordt anders wel heel erg ingewikkeld om te bepalen of een e-mailadres, faxnummer of mobiel nummer onder lid 2(a) valt

Het criterium "gebruikt in overeenstemming met de door de abonnee aan die contactgegevens verbonden doeleinden" leidt tot rechtsonzekerheid.

Hoe weet een verzender wat de doeleinden zijn die een abonnee aan contactgegevens heeft verbonden? Moet dat ergens bekend zijn gemaakt? Mag dat uit de omstandigheden worden afgeleid? Uiteindelijk lijkt de abonnee hierover dus het laatste woord te kunnen hebben, hetgeen door de toezichthouder (OPTA) onverkort moet worden gerespecteerd bij

handhaving. Dat kan dus achteraf tot zeer vervelende situaties leiden.

Het is wenselijk dat de MvT zich hierover uitsprekt, in die zin dat de abonnee niet achteraf de uitleg kan wijzigen omdat bijvoorbeeld de ontvangen mailing hem niet bevalt.

Ten aanzien van onderdeel 2(b):

Het in de wet opnemen van het "country-of-destination"-beginsel dreigt dit onderdeel tot een dode letter te maken.

De MvT stelt dat met dit onderdeel het concurrentie-nadeel van het Nederlandse bedrijfsleven ten aanzien van internationale marketing wordt beperkt. Dat is onjuist, en wel om de volgende redenen:

1. **Het Nederlandse bedrijfsleven is er bij gebaat dat zij met één rechtsstelsel (het Nederlandse) kan werken.** Een duidelijke uitspraak van de Nederlandse wet dat het "country-of-origin"-principe (= het land van vestiging van de verzender) ook hier zoals gebruikelijk van toepassing is, leidt ook tot een betere bescherming van het Nederlandse bedrijfsleven in geval van disputen over internationale marketing campagnes. In dat geval kan het bedrijf namelijk aantonen dat het zich aan de eigen wet heeft gehouden (mits die natuurlijk adequaat is onder Richtlijn 2002/58), waardoor de kans op vervolging in het buitenland afneemt. Dit vereist voor dit specifieke thema uiteraard politieke moed ten opzichte van opt-in landen zoals Duitsland.

2. **De samenhang tussen het verzamelen van de gegevens en het gebruik ervan is onvoldoende in het oog gehouden.**

Voordat bedrijven gegevens kunnen gebruiken om te mailen, zullen zij die eerst moeten verzamelen. Met name bedrijven die zich richten op Europa-brede marketing, zullen al gauw tot de conclusie komen dat het tweede lid nu onvoldoende houvast en bescherming biedt. Strenge "country-of-destination / opt-in"-regimes zoals Duitsland zouden deze bedrijven dwingen om al bij het verzamelen van de gegevens naar een opt-in te vragen, zelfs als op het verzamelen van de gegevens Nederlands recht van toepassing is (bijv. een website). Dit betekent dat ook in die gevallen waar een ontvanger niet in een streng land gevestigd is (maar bijv. in Nederland), de keuze zoals gemaakt in het verzamelproces leidend is, en niet onderdeel b van het tweede lid van de Tw. Dit zogeheten "highest denominator"-principe maakt dat Duits recht leidend zou worden voor Nederlandse bedrijven in een internationale/Europese setting en niet Nederlands recht, waardoor dit onderdeel een dode letter is geworden.

Alleen waar de mailing zou worden verzonden naar een ontvanger in een land met een lager dan Nederlands beschermingsniveau (binnen of buiten Europa, waaronder de VS), zou dit artikel zinvol toepasbaar zijn. Dat doet politiek wel wat onfris aan dan.

Onderdeel 2(b) moet dus worden gewijzigd in die zin dat het "country-of-origin"-principe van toepassing is op internationale marketing, en niet het "country-of-destination"-principe.

Ten aanzien van blz. 1, uitleg van "spam":

Behoort er bereidheid te zijn om aan te geven dat er over de definitie van spam internationaal (bijvoorbeeld in OECD) nog steeds veel discussie is, ten gevolge waarvan je spam eigenlijk niet mag gelijkstellen met "ongevraagd". Of liever: meld gewoon "ongewenst".