

**Zaak C-102/20**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

26 februari 2020

**Verwijzende rechter:**

Bundesgerichtshof (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

30 januari 2020

**Verzoekende partij en verzoekende partij in Revision:**

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH

**Verwerende partij en verwerende partij in Revision:**

eprimo GmbH

**Interveniënte aan de zijde van verwerende partij:**

Interactive Media CCSP GmbH

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Oneerlijke mededinging, verbod op oneerlijke reclame

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

**Prejudiciële vragen**

1. Is voldaan aan het begrip verzenden in de zin van artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58/EG wanneer een bericht niet door een gebruiker van een elektronische communicatiedienst via een dienstverrichter

- naar het elektronische „adres” van een andere gebruiker wordt gestuurd, maar ten gevolge van het openen van een met een wachtwoord beschermde webpagina van een e-mailaccount door adservers geautomatiseerd wordt getoond in bepaalde daarvoor bestemde vensters van de inbox van een willekeurige gebruiker (inbox-reclame)?
2. Is voor het ophalen van een bericht in de zin van artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58/EG vereist dat de ontvanger, nadat hij kennis heeft gekregen van het bestaan van een bericht, door een opzettelijk verzoek tot ophalen de voorgeprogrammeerde verzending van de berichtgegevens activeert of is het voldoende dat het verschijnen van een bericht in de inbox van een e-mailaccount wordt geactiveerd doordat de gebruiker de met een wachtwoord beveiligde webpagina van zijn e-mailaccount opent?
  3. Is ook dan sprake van elektronische post in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58/EG wanneer een bericht niet wordt verstuurd naar een reeds vóór de overbrenging concreet vaststaande individuele geadresseerde, maar wordt vertoond in de inbox van een willekeurige gebruiker?
  4. Is slechts dan sprake van het gebruik van elektronische post met het oog op direct marketing in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58/EG wanneer een belasting van de gebruiker wordt vastgesteld die verder gaat dan hinder?
  5. Is slechts dan sprake van individuele reclame die voldoet aan de criteria van „aandringen” in de zin van punt 26, eerste volzin, van bijlage I bij richtlijn 2005/29/EG wanneer het contact met de gebruiker tot stand wordt gebracht via een medium dat gewoonlijk voor individuele communicatie tussen een afzender en een ontvanger wordt gebruikt, of is het voldoende dat – zoals in het geval van de reclame die in het hoofdgeding aan de orde is – het kenmerk van de individualiteit erin bestaat dat de reclame in de inbox van een privé e-mailaccount wordt getoond en dus in een deel van de account waarin de gebruiker berichten verwacht die individueel aan hem zijn geadresseerd?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (PB 2002 L 201, blz. 37), overwegingen 1, 12, 26, 27 en 40, artikel 1, lid 1, artikel 2, onder h), artikel 2, onder d), eerste volzin, artikel 6, lid 1, en artikel 13, lid 1

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad,

richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (richtlijn oneerlijke handelspraktijken) (PB 2005 L 149, blz. 22, rectificatie PB 2009 L 253, blz. 18), bijlage I, punt 26, eerste volzin

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (wet tegen oneerlijk mededinging; hierna: „UWG”), § 3, § 7, leden 1 en 2, punten 1, 2 en 3, en § 8, leden 1 en 2

### **Korte toelichting op de feiten en de procedure**

- 1 Partijen leveren elektriciteit aan eindverbruikers. Interveniënte aan de zijde van verweerster is een reclamebureau.
- 2 Verweerster heeft interveniënte opgedragen om reclameadvertenties te plaatsen in de mailboxen van gebruikers van de gratis e-maildienst T-Online. Te dien einde werd in de privé mailbox van de gebruikers van die e-maildienst op 15 januari 2017 in het deelvenster waar de lijst van binnengekomen e-mails wordt weergegeven (hierna: „inbox”), tussen de binnengekomen e-mails, de volgende reclameboodschap verspreid: „eprimo Mehr Sparen: Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf eprimo.de” (eprimo Meer besparen: goedkoop elektriciteit en aardgas. Verzeker u nu van de super eprimo-prijzen met een aantrekkelijke bonus! Lees meer op eprimo.de). Soortgelijke reclame-uitingen waren ook reeds op 12 december 2016 en 13 januari 2017 in de inboxen van de gebruikers verschenen.
- 3 Dergelijke reclame wordt getoond in speciale reclamevensters in de e-mailinboxen van de gratis e-maildienst van Telekom Deutschland GmbH. De als „T-Online.de Mail Ad” aangeduide reclameruimte kon door reclameklanten van die aanbieder worden geboekt. Op de door de gebruiker van een dergelijke gratis mailbox opgeroepen webpagina werd op de juiste plaats van de inbox een JavaScript-code van een adserver (TAG) geïnstalleerd. Daardoor werd bij het openen van de webpagina een aanvraag (adrequest) aan de adserver gestuurd om een reclamebanner uit de pool te tonen. De adserver zond vervolgens de overeenkomstige parameters naar de internetbrowser van de gebruiker, waardoor in diens inbox een willekeurig reclamebanner verscheen. Wanneer de gebruiker op de getoonde reclame klikte, werd dit in eerste instantie doorgegeven aan de adserver, die de klik registreerde en de browser doorleidde naar de site van de adverteerder. De in de inbox vertoonde reclame was voorzien van het woord „Anzeige” (advertentie) en kon uit de inbox worden verwijderd door op het daarnaast geplaatste kruissymbool „X” te klikken. De reclame verscheen – anders dan de in de inbox getoonde e-mails van de gebruiker – op een grijze achtergrond en bevatte een datum, noch een afzender. Bovendien konden de betrokken berichten met de door de aanbieder van de e-maildienst aangeboden bewerkingsopties voor e-mails niet worden opgeslagen, beantwoord of

doorgestuurd. Zij werden ook niet opgevoerd bij het door de dienst weergegeven aantal ongelezen e-mails van de gebruiker en namen geen ruimte in diens inbox in beslag.

- 4 Verzoekster stelt dat de voornoemde reclame de mededinging verstoort voor zover hieruit onaanvaardbare hinder voortvloeit en zij een misleidend karakter heeft.
- 5 De rechter in eerste aanleg heeft verweerster verboden om in het commerciële verkeer voor mededingingsdoeleinden via de e-mailaccount „T-online.de” in de hierboven beschreven vorm reclame te maken voor de verkoop van elektriciteit aan eindverbruikers.
- 6 In het door verweerster ingestelde hoger beroep is de vordering door de appelrechter afgewezen op grond dat de betwiste plaatsing van de reclame in de inbox van privé mailboxen niet kan worden beschouwd als een vanuit mededingingsoogpunt onrechtmatige commerciële handeling.
- 7 Met haar door de appelrechter toegestane beroep in Revision, dat volgens verweerster moet worden verworpen, streeft verzoekster naar herstel van het vonnis van de rechter in eerste aanleg.

#### **Korte toelichting op de motivering van de prejudiciële verwijzing**

- 8 De uitkomst van het beroep in Revision hangt af van de vraag of de stakingsvordering van verzoekster gegrond is. Dit zou volgens § 8, lid 1, eerste volzin, UWG het geval zijn indien verweerster of interveniënte aan haar zijde, die zij in de zin van § 8, lid 2, UWG heeft opgedragen de litigieuze reclame te verspreiden, zich schuldig heeft gemaakt aan een verboden handelspraktijk in de zin van § 3 of § 7 UWG. Het verweerster verweten gedrag kan verboden zijn in de zin van § 7, lid 2, punt 3, UWG. Bovendien zou de reclame ook verboden kunnen zijn uit hoofde van § 7, lid 2, punt 1, UWG.
- 9 De gegrondheid van de vorderingen hangt af van de uitlegging die in het licht van het bepaalde in richtlijn 2002/58 aan § 7, lid 2, punt 3, UWG moet worden gegeven. In die context rijzen tevens vragen betreffende de uitlegging van artikel 2, tweede volzin, onder h), en artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58.
- 10 § 7, lid 1, eerste volzin, UWG bevat een verbod op handelspraktijken waardoor een marktdeelnemer onaanvaardbare hinder ondervindt. Van dergelijke onaanvaardbare hinder is volgens § 7, lid 2, punt 3, UWG onder meer altijd sprake wanneer reclame via e-mail wordt verspreid zonder dat de geadresseerde hierin vooraf uitdrukkelijk heeft toegestemd. De bepaling van § 7, lid 2, punt 3, UWG stemt overeen met bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29 en vormt de omzetting van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 in Duits recht. Dit betekent dat die bepaling in het licht van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 in overeenstemming met het Unierecht moet worden uitgelegd.

- 11 Volgens artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 kan het gebruik van onder andere e-mails met het oog op direct marketing alleen worden toegestaan indien de abonnees of gebruikers hierin vooraf hebben toegestemd. Artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58 definieert „e-mail” als ieder tekst-, spraak-, geluids- of beeldbericht dat over een openbaar communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de eindapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald. Het is de vraag of in casu aan die criteria is voldaan.
- 12 Om te beginnen rijst de vraag of de door verweerster dan wel door interveniënte in haar opdracht in de zin van § 8, lid 2, UWG verspreide reclame, die verschijnt in specifieke reclamevensters in de inbox van gebruikers van een gratis e-maildienst, kan worden beschouwd als e-mail in de zin van artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58.
- 13 Bij de litigieuze reclame gaat het om communicatie in de vorm van een tekstbericht in de zin van artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58. Volgens artikel 2, tweede volzin, onder d), eerste volzin, van richtlijn 2002/58 is „communicatie” informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst. Die criteria zijn vervuld. De reclame van verweerster bevat informatie in de vorm van een tekstbericht waarmee het aanbod van verweerster commercieel wordt aangeprezen. Die informatie is overgebracht aan een eindig aantal partijen. De overbrenging van de informatie aan de gebruiker van de e-mailaccount vond als volgt plaats: de gebruiker opende door in te loggen de webpagina van zijn e-mailaccount, als gevolg daarvan bracht de exploitant van de adserver het bericht in real-time over naar de inbox van de mailbox waar het aan de gebruiker van die account werd getoond. De reclame-informatie is tevens overgebracht door middel van een openbare elektronische communicatiedienst. De reclame werd door het openen van de over het internet bereikbare e-mailaccount van de gebruiker geactiveerd en verscheen in de inbox van de webpagina die bestemd is voor nieuw binnengekomen e-mails. Dit betekent dat de reclame – net als e-mails – in elektronische vorm is overgebracht over het internet en dus over een openbaar toegankelijk medium. Een e-maildienst die voor de gebruikers over het internet toegankelijk is, is een elektronische communicatiedienst.

### **Eerste prejudiciële vraag**

- 14 Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de litigieuze inbox-reclame ook is „verzonden” in de zin van artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58.
- 15 In de visie van de appelrechter volgt uit het begrip „verzenden” in combinatie met de verdere in artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58 gebezigde begrippen „e-mail” en „communicatienetwerk”, dat een bericht slechts dan kan

worden gekwalificeerd als e-mail in de zin van „elektronische post” wanneer het gaat om een bericht dat een gebruiker naar een andere gebruiker stuurt via een dienstverrichter (zoals een e-mailprovider) die zorgt voor een elektronische doorgeve aan het elektronische „adres” (zoals een e-mailadres) van de tweede gebruiker. Een dergelijke adressering aan bepaalde klanten ontbreekt in casu, aangezien de reclame enkel via een adserver in een bepaald gedefinieerd venster van een webpagina wordt geplaatst via op die pagina geïnstalleerde, vooraf vastgelegde „adtags/adslots”.

- 16 Voor die op de kenmerken van een traditionele e-mail gebaseerde zienswijze pleit dat ook de richtlijngever bij de vaststelling van richtlijn 2002/58 e-mails naast de in overweging 40 van die richtlijn uitdrukkelijk vermelde sms-berichten kennelijk als klassieke vorm van elektronische post heeft beschouwd.
- 17 Indien bij de uitlegging van artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58 wordt uitgegaan van die door de appelrechter gehanteerde, op de kenmerken van een klassieke e-mail gebaseerde criteria, dan ontbreekt het in casu aan het „verzenden” van het bericht, hetgeen impliceert dat de gelaakte inbox-reclame niet als elektronische post of e-mail kan worden beschouwd. De inbox-reclame wordt niet door een gebruiker van een elektronische communicatiedienst via een dienstverrichter (zoals een e-mailprovider) naar het elektronische „adres” (zoals een e-mailadres) van een door die gebruiker gekozen andere gebruiker gestuurd, maar als gevolg van het openen van de e-mailaccount door adservers in bepaalde daarvoor bestemde vensters in de inbox van een willekeurig gekozen gebruiker geplaatst.
- 18 Tegen de door de appelrechter gegeven uitlegging van het begrip „verzenden”, die uitgaat van de kenmerken van een klassieke e-mail, zou de beschermingsdoelstelling van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 kunnen pleiten. Die bepaling, waarin het in artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58 gedefinieerde begrip e-mail wordt herhaald en het gebruik van e-mails wordt geregeld, beoogt gebruikers te beschermen tegen inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer door ongewenste communicatie met het oog op direct marketing (zie overweging 40 van richtlijn 2002/58). Niets wijst erop dat de richtlijngever in het licht van de te verwachten snelle technische vooruitgang het begrip elektronische post of e-mail statisch wilde beperken tot de op het tijdstip van inwerkingtreding van de richtlijn bekende „klassieke” vormen van e-mails en sms- of mms-berichten. Meer voor de hand ligt dat hij ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers een dynamisch en technisch neutraal begrip heeft gekozen waardoor bijvoorbeeld ook de recentelijk relevant geworden elektronische berichten in het kader van sociale netwerken in aanmerking kunnen worden genomen. De persoonlijke levenssfeer van de gebruikers van elektronische communicatiemiddelen kan niet alleen worden aangetast door ongewenste communicatie die wordt verzonden via klassieke vormen van individuele elektronische communicatie zoals e-mails of sms- of mms-berichten, maar ook door nieuwe vormen van elektronische massacommunicatie. Het lijkt daarom adequaat om bij de uitlegging van het begrip verzenden niet uit te gaan

van de klassieke vorm van elektronische communicatie in de zin van het versturen van een bericht door een bepaalde gebruiker naar een andere vooraf vastgelegde gebruiker, maar om de voorkeur te geven aan een functionele uitlegging die inhaakt op het verspreidingsaspect.

- 19 Indien wordt uitgegaan van die functionele, aan de beschermingsdoelstelling van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 georiënteerde uitlegging, dan is de in casu litigieuze inbox-reclame kennelijk „verzonden” in de zin van artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58. Daarvoor spreekt ook overweging 40 van richtlijn 2002/58, waarin is vastgelegd dat de gebruikers van openbare elektronische communicatienetwerken moeten worden beschermd tegen inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer door ongewenste communicatie voor de doeleinden van direct marketing, aangezien de verzending van dergelijke ongewenste commerciële mededelingen betrekkelijk gemakkelijk en goedkoop kan geschieden. Die criteria zijn in casu van toepassing op de litigieuze inbox-reclame.

### **Tweede prejudiciële vraag**

- 20 Met de tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen welke eisen moeten worden gesteld met betrekking tot de in artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58 vastgelegde voorwaarde dat het bericht in het netwerk of in de eindapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald.
- 21 De appelrechter heeft de opvatting dat bij de litigieuze inbox-reclame geen sprake is van een ophalen in voornoemde zin. Uit overweging 27 van richtlijn 2002/58 volgt in de visie van die rechter dat voor het ophalen van een bericht een bewuste handeling van de geadresseerde vereist is. Dat impliceert dat de ontvanger van het bericht zich, nadat hij kennis heeft gekregen van de mededeling, door een handeling – dat wil zeggen door een op een wilsbeschikking gebaseerde, naar buiten toe gerichte daad – toegang moet verschaffen tot de online-gegevens. Doorslaggevend is dat de gebruiker die het bericht ophaalt, met het ophalen een voorgeprogrammeerde overbrenging van de gegevens kan activeren. In het onderhavige geval is geen sprake van een ophalen van het bericht in die zin. Het is veeleer voldoende dat de gebruiker van de e-maildienst op de webpagina van de Deutsche Telekom de e-mailservice met een webbrowser opent zodat de reclamebanner door middel van een adserver in real-time kan worden getoond zonder dat hij iets van dit proces merkt en zonder dat hij zelf kan beslissen of hij het bericht al dan niet wil zien.
- 22 Die uitlegging strookt met de mogelijke betekenis van het begrip „ophalen” in artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58. Bovendien zou hiervoor ook overweging 27 van richtlijn 2002/58 kunnen pleiten. Volgens die overweging is de overbrenging van een bericht bij elektronische post voltooid zodra de geadresseerde het bericht – meestal van de server van zijn dienstenaanbieder –

ophaalt. Die formulering zou erop kunnen wijzen dat voor het ophalen van elektronische post een handeling van de gebruiker vereist is waarmee doelgericht de overbrenging van een bericht, meestal van de server van zijn dienstenaanbieder, wordt geactiveerd.

- 23 Volgens die enge, opnieuw van het klassieke voorbeeld van de e-mail uitgaande uitlegging, voldoet de litigieuze inbox-reclame niet aan de voorwaarden voor elektronische post in de zin van artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn 2002/58. Met het openen van zijn e-mailaccount op de webpagina van zijn dienstenaanbieder toont de gebruiker zijn wil dat zijn op de e-mailserver van de dienst opgeslagen e-mails worden weergegeven en naar hem worden verzonden. De ervaring leert echter dat de wil van de gebruiker over het algemeen niet erin bestaat dat daarbij ook door een adserver commerciële mededelingen in zijn inbox worden geplaatst.
- 24 Ook in dit geval verzet een op de beschermingsdoelstelling van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 inhakende functionele uitlegging zich tegen de door de appelrechter bepleite opvatting. De beschermingsdoelstelling houdt in dat de gebruiker moet worden beschermd tegen ongewenste commerciële mededelingen die door de adverteerder betrekkelijk gemakkelijk en goedkoop via een elektronisch communicatienetwerk kunnen worden verzonden en die een belasting voor de gebruiker kunnen vormen (overweging 40 van richtlijn 2002/58). Gezien die doelstelling lijkt het niet overtuigend om onderscheid te maken tussen zonder enige twijfel onder het begrip elektronische post vallende – eventueel op grote schaal – verzonden e-mails met commerciële inhoud en de litigieuze commerciële mededeling. Beide berichten verschijnen in de inbox en dus in het voor binnengekomen e-mails bestemde venster van de webpagina die de gebruiker heeft geopend om zijn e-mails te kunnen bekijken. Met het oog op de belasting van de gebruiker die volgens artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 moet worden voorkomen, speelt voorts geen enkele rol of de commerciële mededeling die in zijn inbox verschijnt, afkomstig is van een mailserver van de dienstenaanbieder dan wel van een adserver van die aanbieder of een met die aanbieder samenwerkende onderneming. Ook hier moet de voorkeur uitgaan naar een functioneel op de beschermingsdoelstelling inhakende uitlegging die een de gebruiker belastende werking van een reclamevorm in aanmerking neemt, in plaats van naar een technische interpretatie. Dit zou kunnen volgen uit het feit dat de litigieuze reclame in de inbox verschijnt en dus wordt geplaatst in en verzonden naar een deel van de account waarin de gebruiker alleen de individueel aan hem gerichte e-mailberichten verwacht.
- 25 Een dergelijke van de beschermingsdoelstelling uitgaande uitlegging strookt ook met de bewoordingen van artikel 2, tweede volzin, onder h), van de richtlijn. Er is sprake van een ophalen in de zin van een handeling van de gebruiker waarmee hij doelgericht kennisneemt van de in de inbox binnengekomen berichten. Blijkens de bevindingen van de appelrechter wordt de overbrenging van de reclame door de adserver naar de inbox geactiveerd doordat de gebruiker in het internet de pagina van zijn e-mailaccount oproept en zich daar met zijn persoonlijke



toegangsgegevens aanmeldt. Dat de gebruiker dan over het algemeen alleen privé en zakelijke e-mails wenst te zien en geen voor hem oninteressante of belastende commerciële mededelingen zoals spam-mails of reclame-uitingen, doet geen afbreuk aan het feit dat er sprake is van een doelgerichte ophaalhandeling door het openen van de e-mailaccount in het internet.

- 26 De litigieuze inbox-reclame werd, totdat de reclame door het inloggen werd vertoond, opgeslagen op een adserver en dus in het netwerk.
- 27 Ook overweging 27 van richtlijn 2002/58, waarin is neergelegd dat bij elektronische post de overbrenging van een communicatie is voltooid zodra de geadresseerde het bericht ophaalt, meestal van de server van zijn dienstenaanbieder, leidt kennelijk niet tot een ander resultaat. Dat tot elektronische post alleen berichten behoren die op de server van de dienstenaanbieder zijn opgeslagen, kan uit die overweging reeds daarom niet worden opgemaakt omdat uit het gebruik van het begrip „meestal” volgt dat de richtlijngever hier geen definitieve begripsmatige voorwaarde opstelt, maar alleen een normale gang van zaken heeft beschreven. Voor het overige moet de context van overweging 27 van richtlijn 2002/58 in aanmerking worden genomen. Die overweging heeft betrekking op de vraag op welk tijdstip verkeersgegevens moeten worden gewist. In zoverre speelt het tijdstip waarop het overbrengen van een communicatie is voltooid, een doorslaggevende rol (zie artikel 6, lid 1, en overweging 26 van richtlijn 2002/58). Dat tijdstip wordt in overweging 27 van richtlijn 2002/58 bepaald aan de hand van het ophalen van het bericht door de geadresseerde. Niets wijst erop dat hieruit relevante uitleggingscriteria voortvloeien met betrekking tot de in artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 geregelde bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker tegen ongewenste direct marketing via elektronische post.

### **Derde prejudiciële vraag**

- 28 Met de derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een bericht ook dan moet worden beschouwd als elektronische post in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 wanneer het niet wordt verstuurd naar een reeds vóór de overbrenging concreet vaststaande individuele ontvanger, maar – zoals in casu -- volgens het toevalsprincipe wordt getoond.
- 29 De appelrechter meent dat voor elektronische post in de zin van § 7, lid 2, punt 3, UWG vereist is dat de overbrenging een „individueel” karakter heeft, in die zin dat het bericht wordt verstuurd naar een concreet geadresseerde ontvanger die vóór de overbrenging vaststaat en met wie derhalve voorafgaande communicatie over de instemming met de verzending mogelijk is. Dit volgt in zijn visie uit het feit dat voor de toelaatbaarheid van de in § 7, lid 2, punt 2, UWG geregelde reclamevormen vereist is dat de geadresseerde hierin vooraf uitdrukkelijk heeft toegestemd. Aan het vereiste van een dergelijke voorafgaande uitdrukkelijke toestemming kan logischerwijs slechts worden voldaan indien een concrete

geadresseerde bestaat die aan de adverteerder kenbaar kan maken of hij de reclame al dan niet wenst te ontvangen. De litigieuze reclame werd echter volgens het toevalsprincipe bij klanten van de gratis e-maildienst vertoond, zonder dat voorafgaande communicatie over de toestemming van de klant mogelijk was.

- 30 De verwijzende rechter betwijfelt of die opvatting juist is. Overeenkomstig artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 kan het gebruik van elektronische post met het oog op direct marketing slechts worden toegestaan voor zover de abonnees daarin vooraf hebben toegestemd. Uit dat vereiste kan echter niet a contrario worden opgemaakt dat alle vormen van direct marketing via communicatienetwerken zonder toestemming van de gebruikers, waarbij de toestemming van de gebruikers op grond van de door de adverteerder gebruikte technische processen niet kan worden verkregen voordat een concrete reclame wordt verzonden, zijn toegestaan.

#### **Vierde prejudiciële vraag**

- 31 Met de vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of slechts dan sprake is van het gebruik van elektronische post met het oog op direct marketing in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 wanneer een belasting van de gebruiker wordt vastgesteld die verder gaat dan – door de appelrechter in de omstandigheden van het hoofdgeding vastgestelde – hinder.
- 32 De appelrechter is van mening dat gezien de strekking van § 7, lid 2, punt 3, UWG, die in het licht van overweging 40 van richtlijn 2002/58 moet worden bepaald, die bepaling op de gelaakte reclame niet van toepassing is. Blijkens zijn bevindingen ondervindt de gebruiker van de e-maildienst weliswaar hinder van het verschijnen van de – onder de nieuw binnengekomen e-mails opgenomen – reclame in zijn inbox en moet de mate van hinder gezien het feit dat de reclame op het eerste gezicht op een e-mail lijkt en daarom sterker wordt waargenomen dan reclame buiten de inbox, ook als hoger worden beschouwd dan die van reclame die aan de rand van de mailbox verschijnt. In zijn visie brengt de gelaakte reclame behalve die hinder echter geen verdere belasting en/of kosten met zich in de zin van overweging 40 van richtlijn 2002/58. De inbox-reclame wordt met name niet opgevoerd bij het aantal niet-gelezen e-mails van de gebruiker en neemt ook geen opslagruimte van de inbox in beslag. Op grond van de optische verschillen tussen de e-mails en de reclame kan de gebruiker belangrijke elektronische berichten en elektronische spam ook zonder enige moeite van elkaar scheiden.
- 33 Of die uitlegging juist is, kan in de visie van de verwijzende rechter niet zonder meer worden beantwoord. Vóór de opvatting van de appelrechter zouden de bewoordingen van overweging 40 van richtlijn 2002/58 kunnen pleiten. In die overweging is geen sprake van door de gebruiker ondervonden hinder, maar van de bescherming van de gebruikers van openbare communicatienetwerken tegen inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer door ongewenste communicatie voor de doeleinden van direct marketing, omdat de verzending van dergelijke

ongewenste commerciële mededelingen betrekkelijk gemakkelijk en goedkoop kan geschieden en anderzijds een belasting en/of kosten voor de ontvanger met zich mee kan brengen. Bovendien kan het volume van die mededelingen soms tevens moeilijkheden voor de elektronische communicatienetwerken en de eindapparatuur opleveren. Aangezien in het hoofdgeding noch kosten voor de gebruiker, noch moeilijkheden voor de elektronische communicatienetwerken aan de orde zijn, gaat het in wezen om de vraag of door de inbox-reclame inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker. Dat reeds hinder als een dergelijke inbreuk kan worden beschouwd, volgt althans niet uitdrukkelijk uit overweging 40 van richtlijn 2002/58.

- 34 Voorts bestrijkt het begrip „belasting” met het oog op de relevante bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen ongewenste direct marketing qua strekking ook hinderlijke inbreuken op de persoonlijke levenssfeer die erin bestaan dat de gebruiker niet (alleen) in de daarvoor normaliter gebruikte en daardoor door hem makkelijk te negeren vensters van de webpagina met reclame wordt geconfronteerd, maar (ook) in zijn inbox en dus in een deel van de webpagina van een e-mail dienstenaanbieder waarin de individueel aan de gebruiker gerichte e-mails worden weergegeven en die door hem daarom doelgericht worden opgezocht en dus met bijzondere aandacht worden waargenomen. Bovendien leert de ervaring dat de gebruiker zich door reclameboodschappen die verschijnen in de inbox die is bestemd voor de aan hem persoonlijk gerichte berichten, sterker aangesproken zal voelen dan door een reclamebanner die bijvoorbeeld aan de rand van de webpagina wordt weergegeven en zich duidelijk tot het algemene publiek richt. Ook hieruit kan – afhankelijk van de boodschap en het onderwerp van de reclame – een verhoogde mate van hinder voortvloeien.
- 35 Bovendien moet in dat verband in aanmerking worden genomen dat een privé e-mailaccount die door een wachtwoord wordt beschermd, tot de privésfeer behoort die door het algemene persoonlijkheidsrecht wordt gewaarborgd. In die context dient de betrokkene niet alleen te worden beschermd tegen de inspanningen die hij moet doen om de aan hem gerichte communicatie te bekijken en de reclame te scheiden van andere berichten. Zijn persoonlijke zelfbeschikkingsrecht impliceert tevens dat ook zijn wil om zijn persoonlijke levenssfeer af te schermen tegen iedere dwang om met reclame en de suggestieve werking ervan geconfronteerd te worden, bescherming dient te genieten. Volgens artikel 1, lid 1, en de overwegingen 1, 12 en 40 van richtlijn 2002/58 strekt ook artikel 13, lid 1, van die richtlijn ertoe de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker op het gebied van de elektronische communicatie te beschermen. Bij de beoordeling van de hinderlijke werking van een reclamemaatregel die inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer moet blijkens de ervaring ook het gevaar in aanmerking worden genomen dat de hinder steeds grotere vormen aanneemt doordat meer en meer gebruik wordt gemaakt van de betrokken vorm van reclame.
- 36 Het centrale aspect van de op de beschermingsdoelstelling van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 inhakende uitlegging is de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en niet de bescherming van de gebruiker tegen misleiding. Derhalve

speelt bij de beoordeling van die bepaling geen rol dat de visuele weergave van de in de inbox van de gebruikers weergegeven reclame zich van die van e-mails onderscheidt en de gebruiker bovendien door de bij de inbox-reclame geplaatste tekst „advertentie” op dat onderscheid wordt geattendeerd. Voor het overige leert de ervaring dat de gebruiker door de opbouw van het bericht, het vertonen van de reclame-uiting en het oppervlakkige lezen ervan zelfs dan tijd verliest indien hij een in zijn inbox verschijnende reclameboodschap van meet af aan duidelijk als reclame kan herkennen en kan wissen. Om dezelfde redenen doet ook de door de appelrechter aangevoerde omstandigheid dat de reclame niet wordt opgevoerd bij het aantal niet-gelezen e-mails van de klant en geen opslagruimte van de inbox in beslag neemt, geen afbreuk aan de veronderstelling dat in casu sprake is van een inbreuk op artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58.

- 37 In tegenstelling tot de opvatting van de appelrechter moet in het licht van het voorgaande worden aangenomen dat met betrekking tot eventuele inbreuken op de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker van een particuliere e-maildienst wel degelijk relevant is of hij niet alleen in de normaliter voor reclameboodschappen benutte delen van de webpagina met reclame wordt geconfronteerd, maar ook in het venster van de webpagina van zijn e-mailaanbieder dat is bestemd voor de aan hem persoonlijk gerichte e-mails, hetgeen tot gevolg heeft dat hij zijn individuele aandacht hierop automatisch met meer intensiteit zal richten. Hierop wijzen ook de bevindingen van de appelrechter, die heeft aangevoerd dat de gebruiker van de e-maildienst hinder ondervindt van de – onder de nieuw binnengekomen e-mails opgenomen – reclame in de inbox. Aangezien de reclame op het eerste gezicht op een e-mail kan lijken en dus sterker zal worden waargenomen dan reclame buiten de inbox, dient de mate van hinder als hoger te worden beschouwd dan die van aan de rand van de mailbox vertoonde reclame. De ervaring leert dat die inschatting juist is.

#### **Vijfde prejudiciële vraag**

- 38 In casu moet de litigieuze reclame mogelijkwijs als verboden worden beschouwd in de zin van § 7, lid 2, punt 1, UWG. Bij de toepassing van die bepaling rijst een vraag over de uitlegging van punt 26, eerste volzin, van bijlage I bij richtlijn 2005/29.
- 39 Volgens § 7, lid 2, punt 1, UWG moet altijd dan worden uitgegaan van onaanvaardbare hinder in de zin van § 7, lid 1, eerste volzin, UWG wanneer bij reclame gebruik wordt gemaakt van een in de leden 2 en 3 van die bepaling niet vermeld afstandsmedium voor commerciële communicatie waardoor bij een gebruiker hardnekkig wordt aangedrongen, alhoewel duidelijk is dat hij dit niet wenst. Die bepaling strekt tot omzetting van punt 26, eerste volzin, van bijlage I bij richtlijn 2005/29 en dient in het licht van die regeling conform de richtlijn te worden uitgelegd. Volgens punt 26, eerste volzin, van bijlage I bij richtlijn 2005/29 moet het hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia in alle omstandigheden worden beschouwd als oneerlijke

agressieve handelspraktijk behalve indien er, voor zover gerechtvaardigd volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven, hetgeen in casu niet relevant is. In het onderhavige geval rijst een niet duidelijk te beantwoorden vraag over de uitlegging van die Unierechtelijke bepaling.

- 40 Met de vijfde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen welke eisen moeten worden gesteld aan het „aandringen” in de zin van punt 26, eerste volzin, van bijlage I bij richtlijn 2005/29.
- 41 Voorwaarde voor het aandringen is reclame die zich specifiek tot een individuele gebruiker richt. In zoverre rijst de vraag of slechts dan sprake is van specifieke individuele reclame die de criteria van het aandringen vervult, wanneer het contact met de gebruiker tot stand wordt gebracht via een medium dat gewoonlijk wordt gebruikt voor de individuele communicatie tussen een afzender en een ontvanger, zoals telefoon, fax of e-mail, of dat het voldoende is dat – zoals in casu – het kenmerk van de individualiteit met betrekking tot een concrete gebruiker erin bestaat dat de reclame verschijnt in de inbox van een privé e-mailaccount van de gebruiker en dus in een deel van de webpagina waarin deze individueel aan hem gerichte berichten verwacht.
- 42 Volgens de bewoordingen van punt 26, eerste volzin, van bijlage I bij richtlijn 2005/29 zijn beide uitleggingen mogelijk. Aangezien de gebruiker – zoals reeds uiteengezet – door de inbox-reclame in zijn persoonlijke levenssfeer wordt geraakt en hierdoor bovendien meer hinder ondervindt dan door bannerreclame in de daarvoor normaliter bestemde delen van een webpagina die niet individueel op hem betrekking hebben, zou ook in dit opzicht de beschermingsdoelstelling van de bepaling relevant kunnen zijn.