CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. RICHARD DE LA TOUR
van 24 juni 2021 [1]

Zaak C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
tegen
eprimo GmbH
in tegenwoordigheid van
Interactive Media CCSP GmbH

[verzoek van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2002/58/EG – Verwerking van persoonsgegevens en bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie – Reclameboodschap die in de inbox van de gebruiker van een e-maildienst wordt getoond – Artikel 2, tweede alinea, onder h) – Begrip ‚e-mail' – Artikel 13, lid 1 – Begrip ‚gebruik van e-mail met het oog op direct marketing' – Richtlijn 2005/29/EG – Oneerlijke handelspraktijken – Bijlage I, punt 26 – Begrip ‚hardnekkig en ongewenst aandringen per e-mail'"

I. Inleiding

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2, tweede alinea, onder h), en artikel 13, lid 1, van 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) [2], zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 [3] (hierna: „richtlijn 2002/58"), en bijlage I, punt 26, bij 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") [4].

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 PB 2002, L 201, blz. 37.

3 PB 2009, L 337, blz. 11.

4 PB 2005, L 149, blz. 22.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (hierna: „StWL") en eprimo GmbH, twee ondernemingen die elektriciteit leveren aan eindverbruikers, betreffende de verenigbaarheid met de nationale regelgeving inzake oneerlijke concurrentie, van een reclameactiviteit die Interactive Media CCSP GmbH (hierna: „Interactive Media") op verzoek van eprimo heeft uitgevoerd en die bestond in het tonen van reclameboodschappen in de inbox van gebruikers van de gratis e-maildienst „T-Online".

3. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde reclametechniek is moeilijk te kwalificeren, omdat zij enerzijds verschilt van het technische model van een e-mail en anderzijds, vanuit het oogpunt van de ontvanger, verwarrend veel gelijkenis vertoont met ongewenste e-mail (spam), de bescherming waartegen de belangrijkste doelstelling is van met name artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58.

4. In deze conclusie zal ik het Hof, ten eerste, voorstellen artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 aldus uit te leggen dat het tonen, in de inbox van een gebruiker van een e-maildienst, van reclameboodschappen die qua vorm op e-mails lijken en op dezelfde plaats worden getoond, neerkomt op het „gebruik van [...] e-mail met het oog op direct marketing" in de zin van deze bepaling, waarbij de willekeurige vaststelling van de ontvangers van deze boodschappen in dit verband irrelevant is en er geen belasting van de gebruiker hoeft te worden vastgesteld die verder gaat dan hinder. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of die gebruiker, voorafgaand aan de weergave van die reclameboodschappen in de inbox van zijn e-mailaccount, toestemming heeft gegeven en of deze toestemming op zijn minst vrij, specifiek en geïnformeerd was.

5. Ten tweede zou ik het Hof in overweging willen geven dat het begrip „[h]ardnekkig en ongewenst aandringen per [...] e-mail" in de zin van bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het betrekking kan hebben op een handelwijze, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die erin bestaat dat in de inbox van een gebruiker van een e-maildienst reclameboodschappen die qua vorm op e-mails lijken, op dezelfde plaats als de e-mails worden getoond. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze reclameboodschappen voldoende frequent en regelmatig zijn getoond om als „hardnekkig" aandringen te worden aangemerkt, en of het tonen van deze boodschappen als „ongewenst" aandringen kan worden gekwalificeerd, rekening houdend met de vraag of die gebruiker voorafgaand aan het tonen van die boodschappen daarvoor al dan niet zijn toestemming heeft gegeven, alsook met de vraag of hij tegen een dergelijke vorm van reclame bezwaar heeft gemaakt.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2002/58

6. De overwegingen 4 en 40 van richtlijn 2002/58 luiden als volgt:

„(4) Met richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector[5] werden de in richtlijn 95/46/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van

5 PB 1998, L 24, blz. 1.

natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens [6]] uiteengezette beginselen omgezet in specifieke regels voor de telecommunicatiesector. Richtlijn [97/66] moet worden aangepast aan de ontwikkelingen op de markten en van de technologieën voor elektronische-communicatiediensten, teneinde te voorzien in een gelijke mate van bescherming van persoonsgegevens en van de persoonlijke levenssfeer voor gebruikers van openbare elektronische-communicatiediensten, ongeacht de technologieën waarvan gebruik wordt gemaakt. Richtlijn [97/66] dient derhalve te worden ingetrokken en vervangen door de onderhavige richtlijn.

[...]

(40) Aan abonnees dienen waarborgen te worden geboden tegen inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer door ongewenste communicatie voor de doeleinden van direct marketing, met name door middel van automatische oproepapparaten, faxen en e-mails, waaronder sms-berichten. De verzending van dergelijke ongewenste commerciële mededelingen kan betrekkelijk gemakkelijk en goedkoop geschieden en anderzijds een belasting en/of kosten voor de ontvanger met zich meebrengen. Soms kan het volume van die mededelingen tevens moeilijkheden voor de elektronische-communicatienetwerken en de eindapparatuur opleveren. Wat dergelijke ongewenste communicatie voor direct marketing betreft is het gerechtvaardigd dat de ontvangers eerst uitdrukkelijk toestemming moeten geven voordat dergelijke communicatie tot hen wordt gericht. De interne markt vergt een geharmoniseerde aanpak om te voorzien in eenvoudige, in de gehele [Unie] geldige regels voor bedrijven en gebruikers."

7. Artikel 2 van richtlijn 2002/58, met als opschrift „Definities", bepaalt:

„Tenzij anders is bepaald, zijn de definities van richtlijn [95/46] van het Europees Parlement en de Raad en richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn)[7] van toepassing.

Daarnaast wordt in deze richtlijn verstaan onder:

[...]

d) ‚communicatie': informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische-communicatiedienst. Dit omvat niet de informatie die via een omroepdienst over een elektronische-communicatienetwerk wordt overgebracht, behalve wanneer de informatie kan worden gerelateerd aan de identificeerbare abonnee of gebruiker die de informatie ontvangt;

[...]

6 PB 1995, L 281, blz. 31.

7 PB 2002, L 108, blz. 33.

f) ‚toestemming' van een gebruiker of abonnee: toestemming van de betrokkene in de zin van richtlijn [95/46[8]];

[...]

h) ‚e-mail': 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;

[...]"

8. Artikel 13 van richtlijn 2002/58, met als opschrift „Ongewenste communicatie", bepaalt:

„1. Het gebruik van automatische oproep- en communicatiesystemen zonder menselijke tussenkomst (automatische oproepapparaten), fax of e-mail met het oog op direct marketing kan alleen worden toegestaan met betrekking tot abonnees of gebruikers die daarin vooraf hebben toegestemd.

2. Onverminderd lid 1 kan een natuurlijke of rechtspersoon die van zijn klanten elektronische contactgegevens voor e-mail verkrijgt in het kader van de verkoop van een product of een dienst, overeenkomstig richtlijn [95/46], die elektronische contactgegevens gebruiken voor direct marketing van eigen gelijkaardige producten of diensten mits de klanten duidelijk en expliciet de gelegenheid wordt geboden kosteloos en op gemakkelijke wijze bezwaar te maken tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens op het ogenblik dat zij worden verzameld en, ingeval de klant zich in eerste instantie niet tegen dat gebruik heeft verzet, bij elke boodschap.

3. De lidstaten nemen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat ongevraagde communicatie met het oog op direct marketing in andere dan de in de leden 1 en 2 genoemde gevallen niet toegestaan is zonder toestemming van de betrokken abonnees of gebruikers, of ten aanzien van abonnees of gebruikers die dergelijke communicatie niet wensen te ontvangen, waarbij de keuze tussen deze mogelijkheden door de nationale wetgeving wordt bepaald, met dien verstande dat beide mogelijkheden voor de abonnee of gebruiker kosteloos moeten zijn.

4. Het is in ieder geval verboden e-mail te verzenden met het oog op direct marketing waarbij de identiteit van de afzender namens wie de communicatie plaatsvindt, wordt gemaskeerd of verborgen, die in strijd is met artikel 6 van richtlijn 2000/31/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (‚richtlijn inzake elektronische handel')[9]], en zonder dat een geldig adres wordt vermeld waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten, of e-mail die ontvangers aanmoedigt websites te bezoeken die in strijd zijn met dat artikel.

[8] Volgens artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46 moet „toestemming van de betrokkene" worden begrepen als „elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem/haar betreffende persoonsgegevens worden verwerkt". Deze richtlijn is met ingang van 25 mei 2018 ingetrokken bij verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PB 2016, L 119, blz. 1), waarvan artikel 4, punt 11, „toestemming" van de betrokkene definieert als „elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt". Volgens artikel 94 („Intrekking van richtlijn [95/46]"), lid 2, van deze verordening gelden „[v]erwijzingen naar de ingetrokken richtlijn [...] als verwijzingen naar deze verordening".

[9] PB 2000, L 178, blz. 1.

[…]”

2. Richtlijn 2005/29

9. Overweging 17 van richtlijn 2005/29 luidt als volgt:

„Met het oog op een grotere rechtszekerheid is het wenselijk te bepalen welke handelspraktijken in alle omstandigheden oneerlijke zijn. Bijlage I bevat daarom een uitputtende lijst van deze praktijken. Alleen deze handelspraktijken worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9. De lijst mag alleen worden aangepast door herziening van deze richtlijn.”

10. Artikel 5 van richtlijn 2005/29 bepaalt:

„1. Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

2. Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij:

a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding,

en

b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

[…]

4. Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die:

a) misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7,

of

b) agressief zijn in de zin van de artikelen 8 en 9.

5. Bijlage I bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.”

11. Artikel 8 van richtlijn 2005/29 bepaalt:

„Als agressief wordt beschouwd een handelspraktijk die, in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.”

12. Bijlage I bij deze richtlijn bevat de lijst van „[h]andelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd". Onder „[a]gressieve handelspraktijken" vermeldt punt 26 „[h]ardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia behalve indien er, voor zover gerechtvaardigd volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven. Dit doet geen afbreuk aan [...] de richtlijnen [95/46] en [2002/58]."

B. Duits recht

13. § 3, leden 1 en 2, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (wet inzake oneerlijke mededinging) [10] van 3 juli 2004, in de op het hoofdgeding toepasselijke versie, bepaalt:

„1) Oneerlijke handelspraktijken zijn ongeoorloofd.

2) Handelspraktijken die gericht zijn op consumenten of die hen bereiken, zijn oneerlijk indien zij niet in overeenstemming zijn met de zorgvuldigheid die een ondernemer dient te betrachten, en het economisch gedrag van de consument aanzienlijk kunnen beïnvloeden."

14. § 5a, lid 6, UWG bepaalt:

„Een persoon maakt zich schuldig aan een oneerlijke handelspraktijk, wanneer hij verzuimt het commerciële oogmerk van een handelspraktijk aan te geven – voor zover dat oogmerk niet onmiddellijk uit de omstandigheden blijkt – en dit verzuim de consument ertoe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen."

15. § 7, leden 1 en 2, UWG luidt als volgt:

„1) Een handelspraktijk waaruit onaanvaardbare hinder voortvloeit voor een marktdeelnemer, is ongeoorloofd. Dit geldt met name voor reclame die is gericht tot een marktdeelnemer die deze duidelijk niet wenst.

2) Het bestaan van onaanvaardbare hinder moet altijd worden aangenomen:

1. in geval van reclame waarbij gebruik wordt gemaakt van een niet in de punten 2 en 3 van deze bepaling genoemd middel voor commerciële communicatie dat geschikt is voor verkoop op afstand, en waarbij er sprake is van hardnekkig aandringen bij de consument, die daar duidelijk geen prijs op stelt;

[...]

3. in geval van reclame waarbij gebruik wordt gemaakt van automatische oproepapparaten, faxen of e-mails, zonder dat de ontvanger vooraf uitdrukkelijk zijn toestemming heeft gegeven, of

4. in geval van reclame in de vorm van een bericht

   a) waarbij de identiteit van de afzender namens wie de communicatie plaatsvindt, wordt gemaskeerd of verborgen [...]

[10] BGBl. 2004 I, blz. 1414; hierna: „UWG".

[...]”

16. § 8 UWG bepaalt:

„1) Tegen eenieder die zich schuldig maakt aan een ongeoorloofde handelspraktijk in de zin van § 3 of § 7 kan een stakingsvordering en, bij gevaar voor herhaling, een verbodsvordering worden ingesteld. Het recht om een verbodsvordering in te stellen, bestaat reeds wanneer een dergelijke met § 3 of § 7 strijdige praktijk dreigt te ontstaan.

2) Indien de ongeoorloofde handelingen in een onderneming zijn gepleegd door een werknemer of een gemachtigde persoon, kunnen de stakingsvordering en de verbodsvordering tot beëindiging van de ongeoorloofde handelingen ook worden ingesteld tegen de eigenaar van de onderneming.

3) De in lid 1 bedoelde vorderingen kunnen worden ingesteld door:

1. elke concurrent;

[...]”

III. Hoofdgeding en prejudiciële vragen

17. StWL en eprimo zijn twee concurrerende elektriciteitsleveranciers. Op verzoek van eprimo heeft het reclamebureau Interactive Media reclame-advertenties geplaatst in de mailboxen van gebruikers van de gratis e-maildienst „T-Online”.

18. In de privémailbox van een gebruiker van T-Online, meer bepaald in de inbox (het deelvenster waar de lijst van binnengekomen e-mails wordt weergegeven), zijn tussen de binnengekomen e-mails reclameboodschappen verschenen waarin „meer besparen” met eprimo werd beloofd. Anders dan die e-mails verscheen de reclame, die was voorzien van het woord „advertentie”, op een grijze achtergrond, bevatte zij datum noch afzender, en kon zij met de door de aanbieder van de e-maildienst aangeboden bewerkingsopties voor e-mails niet worden opgeslagen, doorgestuurd of beantwoord. Zij werd ook niet meegerekend bij het aantal ongelezen e-mails en nam geen opslagruimte in de inbox in beslag. Deze gebruiker heeft eprimo op 20 december 2016 een ingebrekestelling gestuurd naar aanleiding van een reclame van 12 december 2016 en heeft eprimo daarmee uitdrukkelijk te kennen gegeven dat hij dergelijke reclame niet wenste te ontvangen. Op 13 en 15 januari 2017 zijn er niettemin reclames van hetzelfde type in zijn inbox verschenen.

19. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde reclameboodschappen worden op willekeurige wijze in de inbox van de gebruikers van de e-maildienst getoond. Wanneer de bij een e-mailaccount horende webpagina wordt geopend, wordt een aanvraag (AdRequest) naar de adserver gestuurd, die vervolgens de overeenkomstige parameters naar de internetbrowser van de gebruiker stuurt, waardoor in diens inbox een willekeurig gekozen reclamebanner verschijnt. Wanneer de gebruiker op de getoonde reclame klikt, wordt dit doorgegeven aan de adserver, die de klik registreert en de browser doorstuurt naar de website van de adverteerder.

20. Het Landgericht Nürnberg-Fürth (rechter in eerste aanleg Neurenberg-Fürth, Duitsland), waarbij een zaak aanhangig was gemaakt door StWL, was van oordeel dat deze wijze van reclame maken in strijd was met het mededingingsrecht, omdat zij onaanvaardbare hinder veroorzaakte en

misleidend was, en heeft eprimo gelast niet langer in het commerciële verkeer voor mededingingsdoeleinden via de e-mailaccounts van T-Online reclame te maken voor de verkoop van elektriciteit aan eindverbruikers.

21. Het door eprimo bij het Oberlandesgericht Nürnberg (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Neurenberg, Duitsland) ingestelde hoger beroep werd toegewezen, aangezien die rechter van oordeel was dat de betwiste plaatsing van reclame in de inbox van de gebruiker van een e-maildienst geen mededingingsrechtelijk ongeoorloofde handelspraktijk vormde.

22. Het Oberlandesgericht Nürnberg heeft geoordeeld dat de litigieuze reclame geen onaanvaardbare hinder veroorzaakte in verband met het gebruik van e-mail in de zin van § 7, lid 2, punt 3, UWG, aangezien deze reclame niet als e-mail in de zin van deze bepaling kon worden aangemerkt. In ieder geval heeft deze reclame voor de gebruiker van de e-maildienst geen lasten of kosten meegebracht die verder gaan dan de „normale" hinder die door iedere reclame wordt veroorzaakt, zodat geen onaanvaardbare hinder is veroorzaakt in de zin van de algemene bepaling van § 7, lid 1, eerste volzin, UWG, met name gelet op het feit dat de e-maildienst gratis is.

23. Verder heeft die rechter geconcludeerd dat de betrokken reclame niet onrechtmatig was op grond van § 7, lid 2, punt 4, onder a), UWG, aangezien het geen reclame betrof in de vorm van een bericht. § 7, lid 2, punt 1, UWG was evenmin van toepassing, aangezien daarbij een „aandringen" wordt verondersteld in de zin van gedrag dat een consument hindert, hetgeen in casu niet het geval is. Ten slotte konden de betrokken advertenties niet worden aangemerkt als oneerlijk op grond dat zij misleidend waren in de zin van § 5a, lid 6, UWG, aangezien zij hun publicitaire aard niet verhulden.

24. Het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland), waarbij door StWL beroep tot *Revision* is ingesteld, is van oordeel dat zijn antwoord op de vraag of met betrekking tot de litigieuze praktijk een bevel tot staking kan worden uitgevaardigd, afhangt van de uitlegging van artikel 2, tweede alinea, onder d) en h), en artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58, van bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29, en van de begrippen „e-mail", „gebruik" en „aandringen".

25. Volgens de verwijzende rechter kan de aan eprimo verweten handelwijze immers onrechtmatig zijn op grond van § 7, lid 2, punt 3, UWG, waarbij artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 is omgezet. De reclame zou ook onrechtmatig kunnen zijn op grond van § 7, lid 2, punt 1, UWG, waarbij bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29 is omgezet.

26. Wat allereerst het onderdeel van de beschuldiging betreft dat betrekking heeft op § 7, lid 2, punt 3, UWG, waarbij artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 is omgezet, wenst de verwijzende rechter van het Hof opheldering te verkrijgen over de begrippen „e-mail" en „gebruik van e-mail met het oog op direct marketing".

27. Om te bepalen of de betrokken reclame onder het begrip „e-mail" valt, stelt de verwijzende rechter om te beginnen vast dat het bericht dat door de exploitant van de adserver in real time werd doorgestuurd naar de inbox van de e-mailaccount – nadat deze webpagina door de gebruiker via de verbinding was geopend – en op die pagina werd weergegeven, waar het door de gebruiker kon worden gelezen, een „communicatie" was in de zin van artikel 2, tweede alinea, onder d), van richtlijn 2002/58. Vervolgens dient te worden nagegaan of een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, kan worden aangemerkt als e-mail in de zin van artikel 2, tweede alinea, onder h), van deze richtlijn.

28. In dit verband vraagt de verwijzende rechter zich af aan de hand van welk criterium kan worden bepaald of het bericht is „verzonden", in de zin van die bepaling. De reclame in de inbox wordt immers niet door de gebruiker van een e-maildienst naar een andere gebruiker verzonden, maar wordt door adservers, na het openen van de e-mailaccount, getoond in bepaalde daartoe bestemde ruimten van de inbox van een willekeurig gekozen gebruiker. Wanneer de criteria van een traditionele e-mail worden toegepast, kan het dus zijn dat er geen sprake is van „verzending" van het bericht, zodat de reclame die in de inbox verschijnt niet als „e-mail" kan worden aangemerkt. Deze rechter vraagt zich echter af of de doelstelling van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker, die is vermeld in overweging 40 en wordt nagestreefd door artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58, niet pleit voor een functionele in plaats van een technische benadering van de definitie van „verzending". Deze doelstelling zou een uitlegging van het begrip „verzending" kunnen rechtvaardigen die niet is gebaseerd op de traditionele vormen van elektronische communicatie - waarbij een verzending door een bepaalde gebruiker gericht is aan een andere, vooraf bepaalde, gebruiker - maar op een functionele vorm daarvan, waarbij sprake is van een verspreiding.

29. Verder vraagt de verwijzende rechter zich af wat de definitie is van het in artikel 2, tweede alinea, onder h), van richtlijn 2002/58 gebruikte begrip „opgehaald". Deze rechter verduidelijkt dat uit deze bepaling, gelezen in samenhang met overweging 27 van diezelfde richtlijn[11], kan blijken dat het ophalen van het bericht een bewuste handeling veronderstelt van de ontvanger die, door het openen van zijn e-mailaccount, te kennen geeft dat hij wil dat zijn op de server van de e-maildienst opgeslagen e-mails worden weergegeven en naar hem worden doorgestuurd, terwijl voor de betrokken reclame, die is opgeslagen op een adserver die wordt beheerd door het bedrijf dat de reclame verspreidt, de gebruiker alleen de e-maildienst moet openen opdat de reclamebanner in real time wordt weergegeven, zonder dat de internetgebruiker zich van dit proces bewust is en zonder dat hij zich door middel van een wilsbesluit vóór of tegen deze weergave kan uitspreken. Kortom, het begrip „opgehaald" in artikel 2, tweede alinea, onder h), van richtlijn 2002/58 veronderstelt dat de gebruiker een handeling verricht waarbij een bericht – doorgaans vanaf de server van de dienstenaanbieder – wordt doorgestuurd. De verwijzende rechter is evenwel van oordeel dat artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 vereist dat de gebruiker wordt beschermd tegen ongewenste reclameboodschappen, en dat het openen van de e-mailaccount op het internet derhalve volstaat om te kunnen spreken van een voltooide handeling van ophaling.

30. De verwijzende rechter merkt verder op dat de litigieuze reclame, totdat zij – door het inloggen – in de inbox werd getoond, was opgeslagen op een adserver en dus in het netwerk. Uit overweging 27 van richtlijn 2002/58 kan niet worden afgeleid dat het begrip e-mail uitsluitend betrekking heeft op berichten die op de server van de dienstenaanbieder zelf zijn opgeslagen.

31. De verwijzende rechter wenst eveneens te vernemen of een bericht ook dan moet worden beschouwd als een e-mail 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. Deze rechter wijst er in dit verband op dat de litigieuze reclame volgens het toevalsprincipe aan klanten van de gratis e-maildienst werd getoond, zonder dat voorafgaande communicatie in verband met de toestemming van de klant mogelijk was. Hij is echter van oordeel dat uit het in deze bepaling

[11] Volgens deze overweging kan „[h]et precieze tijdstip van de voltooiing van het overbrengen van een communicatie, waarna verkeersgegevens – behoudens voor facturering – moeten worden gewist, [...] afhangen van het soort verleende elektronische-communicatiedienst. [V]oor elektronische post [bijvoorbeeld is het overbrengen voltooid] zodra de geadresseerde het bericht ophaalt, meestal van de server [van] zijn dienstenaanbieder."

vastgestelde vereiste van voorafgaande toestemming niet kan worden opgemaakt dat wanneer de toestemming van de gebruikers van de e-maildienst – vanwege de door de adverteerder gebruikte technische processen – niet vóór het tonen van de reclame kan worden verkregen, alle vormen van direct marketing via communicatienetwerkenzijn toegestaan.

32. Voorts is de verwijzende rechter van oordeel dat een definitie moet worden vastgesteld van het begrip „gebruik" van e-mail, in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58, en wenst hij te vernemen of, voor de toepassing van dit begrip, de „belasting" [12] van de gebruiker verder moet gaan dan hinder. Dienaangaande stelt hij vast dat de mate van hinder, gezien het feit dat de betrokken reclame op het eerste gezicht op een e-mail lijkt en daardoor meer opvalt dan reclame die buiten de inbox wordt getoond, hoger is dan die van reclame die in de rand van de mailbox verschijnt, en dat in die omstandigheden de doelstelling van bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers mogelijk niet wordt bereikt.

33. Als tweede stap wenst de verwijzende rechter, wat betreft het onderdeel inzake de toepassing van § 7, lid 2, punt 1, UWG, waarbij bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29 is omgezet, dat de criteria voor „aandringen" in de zin van deze bepaling worden verduidelijkt. Volgens deze rechter kan er geen sprake zijn van aandringen wanneer een communicatie tot het grote publiek is gericht. Om te kunnen spreken van aandringen, moet de reclame op gerichte wijze aan een individuele klant zijn geadresseerd. In dit verband vraagt deze rechter zich af of er slechts dan sprake is van specifieke individuele reclame die voldoet aan de criteria voor aandringen, wanneer het contact met de klant tot stand wordt gebracht via een traditioneel hulpmiddel voor individuele communicatie tussen een afzender en een ontvanger, zoals telefoon, fax of e-mail, of dat het voldoende is dat – zoals in casu – de band met een gebruiker tot stand wordt gebracht door de weergave in de inbox van zijn e-mailaccount en dus in een deel van de webpagina waarin hij individueel aan hem gerichte berichten verwacht.

34. Aangezien de gebruiker van de reclame die in de inbox wordt weergegeven meer hinder ondervindt dan van klassieke reclamebanners die, aangezien deze verschijnen op de daarvoor normaliter bestemde plaatsen van een webpagina, niet hetzelfde individuele karakter hebben, kan volgens de verwijzende rechter ook afbreuk worden gedaan aan de beschermingsdoelstelling van bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29.

35. Voorts is de verwijzende rechter van oordeel dat aan de overige voorwaarden van de door deze bepaling verboden praktijk is voldaan. In dit verband merkt hij op dat er bij de gebruiker van de e-maildienst in totaal drie keer sprake is geweest van herhaaldelijk – en dus hardnekkig – aandringen door middel van reclame die in de inbox van zijn e-mailaccount werd getoond. Deze reclame was niet gewenst, aangezien deze gebruiker uitdrukkelijk aan eprimo te kennen had gegeven dat hij geen reclameboodschappen wenste te ontvangen zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn.

36. In deze omstandigheden heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is voldaan aan het begrip ‚verzenden' in de zin van artikel 2, tweede volzin, onder h), van richtlijn [2002/58] 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

[12] Zie overweging 40 van richtlijn 2002/58.

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] 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] 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] 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] 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?"

37. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Interactive Media, eprimo, de Portugese regering en de Europese Commissie. StWL, Interactive Media, eprimo en de Commissie hebben binnen de gestelde termijn geantwoord op de vragen die het Hof hen ter schriftelijke beantwoording had voorgelegd.

IV. Beoordeling

38. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing wordt het Hof verzocht zich uit te spreken over de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, een praktijk waarbij reclameboodschappen worden weergegeven in de inbox van een gebruiker van een e-maildienst – die deze gebruiker gratis ter beschikking wordt gesteld en wordt gefinancierd door reclame die is betaald door de adverteerders –, als verenigbaar kan worden beschouwd met de relevante bepalingen van de richtlijnen 2002/58 en 2005/29.

39. Zoals blijkt uit bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29, geldt het verbod op „[h]ardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia behalve indien er, voor zover gerechtvaardigd volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven", onverminderd de met name in richtlijn 2002/58 neergelegde

voorschriften. Zoals de verwijzende rechter het Hof verzoekt, zal ik dus achtereenvolgens de vragen betreffende de uitlegging van respectievelijk richtlijn 2002/58 en richtlijn 2005/29 behandelen.

A. Uitlegging van de relevante bepalingen van richtlijn 2002/58

40. Met zijn *eerste en tweede vraag* verzoekt de verwijzende recht het Hof in wezen om zich uit te spreken over de vraag of is voldaan aan de criteria van de definitie van een „e-mail" in de zin van artikel 2, tweede alinea, onder h), van richtlijn 2002/58, in het geval van een reclameboodschap die verschijnt in de inbox van een gebruikersaccount van een e-maildienst. Meer bepaald wenst hij te vernemen of een bericht als „verzonden" in de zin van deze bepaling kan worden beschouwd, wanneer het niet door die gebruiker via een dienstverrichter naar het elektronische adres van een andere gebruiker wordt gestuurd, maar ten gevolge van het openen van de webpagina van een beveiligde e-mailaccount geautomatiseerd wordt getoond in de inbox van een willekeurig gekozen gebruiker. De verwijzende rechter wenst tevens te vernemen of het, om een bericht te kunnen kwalificeren als „opgehaald" in de zin van artikel 2, tweede alinea, onder h), van richtlijn 2002/58, vereist is dat de ontvanger de verzending van de gegevens van het betrokken bericht opzettelijk activeert, dan wel of het volstaat dat dit bericht in de inbox verschijnt ten gevolge van het openen van de webpagina van de beveiligde e-mailaccount.

41. Met zijn *derde en vierde vraag* verzoekt de verwijzende rechter om uitlegging van het begrip „gebruik van [...] e-mail met het oog op direct marketing", in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58. Meer in het bijzonder wenst hij met zijn derde vraag te vernemen of er sprake is van „e-mail" in de zin van deze bepaling wanneer een bericht niet naar een reeds vóór de verzending individueel geselecteerde geadresseerde wordt verstuurd, maar in de inbox van een willekeurig gekozen gebruiker wordt getoond. Verder wenst hij te vernemen of slechts dan sprake is van het „gebruik van [...] e-mail 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 hinder.

42. In artikel 2, tweede alinea, onder h), van richtlijn 2002/58 wordt een e-mail gedefinieerd als een „tekst-, spraak-, geluids- of beeldbericht". Dit element van de definitie geeft in casu geen aanleiding tot discussie en wordt door een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, zeker vervuld.

43. Opdat een bericht als „e-mail" in de zin van deze bepaling kan worden aangemerkt, dient evenwel nog aan drie andere criteria te worden voldaan. Ten eerste moet het bericht „over een openbaar communicatienetwerk [worden] verzonden". Ten tweede moet het „in het netwerk of in de eindapparatuur van de ontvanger [kunnen] worden opgeslagen". Ten derde moet het door de ontvanger kunnen worden opgehaald.

44. Er zijn twee tegengestelde opvattingen over de vraag of een reclameboodschap zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, (geheel of gedeeltelijk) aan die drie criteria voldoet.

45. Volgens de door eprimo en Interactive Media verdedigde opvatting die zich verzet tegen een kwalificatie als „e-mail", kan een reclameboodschap die op willekeurige wijze verschijnt in de inbox van een e-mailaccount niet worden geacht te zijn verzonden, opgeslagen en opgehaald in de zin van artikel 2, tweede alinea, onder h), van richtlijn 2002/58. De argumenten waarmee dit standpunt wordt onderbouwd, zijn gebaseerd op het idee dat een dergelijk bericht niet de kenmerken van een klassieke e-mail vertoont. Ten eerste wordt het niet door een gebruiker naar

een andere gebruiker verzonden, maar wordt het tijdelijk en automatisch in de inbox van willekeurig gekozen gebruikers weergegeven. Ten tweede wordt een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, niet in het netwerk of in de eindapparatuur van de ontvanger opgeslagen. Ten derde wordt een dergelijk bericht niet door de ontvanger opgehaald, aangezien dit zou impliceren dat hij een bewuste handeling stelt om een specifiek bericht te selecteren en er kennis van te nemen.

46. De opvatting die ervoor pleit een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is als „e-mail" te kwalificeren, en die wordt ondersteund door de verwijzende rechter en ten dele ook door de Portugese regering, berust op de noodzaak om het begrip „e-mail" functioneel uit te leggen teneinde de doelstelling van bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers van e-maildiensten te bereiken. Een dergelijke uitlegging vereist een flexibele beoordeling van elk van de criteria van dit begrip. Zo moet een reclameboodschap die wordt verstuurd naar en weergegeven in de inbox van de account van een gebruiker van een e-maildienst – ongeacht de gebruikte technologie – worden aangemerkt als een boodschap die „over een openbaar communicatienetwerk [naar hem is] verzonden" in de zin van artikel 2, tweede alinea, onder h), van richtlijn 2002/58. Het volstaat dat dit bericht is opgeslagen op een adserver en niet in de eindapparatuur van de ontvanger, aangezien dat kan worden aangemerkt als een opslag „in het netwerk" in de zin van deze bepaling. Bovendien moet een dergelijk bericht, dat wordt getoond bij het openen van de webpagina van de e-mailaccount, worden geacht te zijn opgehaald, zoals die bepaling vereist. Wat dit laatste punt betreft, is de argumentatie van de Portugese regering genuanceerder, aangezien zij van mening is dat een in de inbox van een dergelijk account getoonde reclameboodschap niet door de ontvanger kan worden opgehaald. Aangezien dit bericht echter in het netwerk blijft opgeslagen, is voldaan aan de voorwaarde om het bericht als „e-mail" in de zin van artikel 2, tweede alinea, onder h), van richtlijn 2002/58 aan te merken.

47. Gelet op de – vaak technische – argumenten die voor elk van deze twee opvattingen worden aangevoerd, ben ik geneigd de argumentatie te volgen van de verwijzende rechter ten gunste van een functionele uitlegging van het begrip „e-mail", op basis waarvan zou kunnen worden geconcludeerd dat een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, voldoet aan de criteria van artikel 2, tweede alinea, onder h), van richtlijn 2002/58.

48. In ieder geval ben ik van mening dat dit begrip niet op zichzelf moet worden uitgelegd, maar in het licht van de bepaling waarin het wordt gebruikt, namelijk, in casu, artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58. Ik ben het dan ook met StWL en de Commissie eens dat het relevante begrip dat in het kader van deze zaak moet worden uitgelegd, het begrip „gebruik van [...] e-mail met het oog op direct marketing" in de zin van deze bepaling is. Ik zal mijn analyse derhalve toespitsen op de uitlegging van deze bepaling, rekening houdende met de bewoordingen en de doelstelling ervan, en de noodzaak om het nuttig effect ervan te waarborgen.

49. Ik merk in dit verband op dat artikel 13 van richtlijn 2002/58 als opschrift „Ongewenste communicatie" heeft. Gelezen in samenhang met de definitie van het begrip „communicatie" in artikel 2, tweede alinea, onder d), van deze richtlijn, is artikel 13 van de richtlijn van toepassing op „informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische-communicatiedienst".

50. Een communicatie die binnen de werkingssfeer van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 valt, is toegestaan op voorwaarde dat de ontvanger daarin vooraf heeft toegestemd. Uit artikel 2, tweede alinea, onder f), van richtlijn 2002/58, gelezen in samenhang met artikel 94, lid 2, van

verordening 2016/679, volgt dat deze toestemming moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46, of die van artikel 4, punt 11, van de genoemde verordening, afhankelijk van de vraag welke van deze twee regelingen ratione temporis van toepassing is op de feiten van het hoofdgeding. Aangezien het in deze zaak gaat om een verbodsactie die is gericht tegen een ongeoorloofde handelspraktijk, kan niet worden uitgesloten dat, voor zover de door StWL ingestelde procedure bedoeld is om eprimo te dwingen deze handelwijze te staken, verordening 2016/679 ratione temporis op het hoofdgeding van toepassing is, ook al dateren de feiten die aanleiding hebben gegeven tot dit geding van vóór 25 mei 2018, de datum waarop deze verordening, waarbij richtlijn 95/46 met ingang van diezelfde datum is ingetrokken, van toepassing is geworden. [13] Hieruit volgt dat er op zijn minst sprake moet zijn van een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting. [14]

51. Artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 bepaalt op welke soorten communicatie het vereiste van voorafgaande toestemming van de ontvangers van toepassing is. Het betreft communicatie met het oog op direct marketing, te weten communicatie met commerciële doeleinden die rechtstreeks en individueel tot gebruikers van elektronische-communicatiediensten is gericht. Voorts moet die communicatie deze gebruikers bereiken door „[h]et gebruik van automatische oproep- en communicatiesystemen zonder menselijke tussenkomst (automatische oproepapparaten), fax of e-mail".

52. Artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 is derhalve niet bedoeld om in het algemeen van toepassing te zijn op reclamevensters die bij het bezoeken van websites kunnen verschijnen. Deze bepaling heeft uitsluitend betrekking op communicatie met het oog op direct marketing, die de ontvangers rechtstreeks en individueel bereikt via bepaalde elektronische-communicatiemiddelen, zoals e-mail. [15]

53. De huidige formulering van artikel 13 van richtlijn 2002/58 is ontleend aan richtlijn 2009/136, waarvan overweging 67 aangeeft dat „[m]aatregelen om abonnees te beschermen tegen indringing in hun privéleven door ongevraagde mededelingen voor directmarketingdoeleinden door middel van e-mail *ook van toepassing [zijn] op sms, mms en andere soortgelijke toepassingen*" [16]. De Uniewetgever wenste de voor direct marketing gebruikte elektronische-communicatiemiddelen op te vatten in ruime zin, die verder gaat dan e-mails alleen. Deze ruime opvatting komt ook tot uiting in overweging 40 van richtlijn 2002/58 waarin wordt benadrukt dat „[a]an abonnees [...] waarborgen [dienen] te worden geboden tegen inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer door ongewenste communicatie voor de doeleinden van direct marketing, *met name* door middel van automatische oproepapparaten, faxen en e-mails, waaronder sms-berichten" [17], waaruit kan worden opgemaakt – naast het feit dat elektronische post niet beperkt is tot e-mails – dat de vermelde lijst van communicatiemiddelen niet limitatief is. De wens van de Uniewetgever om

[13] Zie in die zin arrest van 1 oktober 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, punten 38-43), en conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, punten 44-49). Zie ook arrest van 11 november 2020, Orange România (C-61/19, EU:C:2020:901, punten 28-32).

[14] Zoals het Hof heeft gesteld in zijn arrest van 11 november 2020, Orange România (C-61/19, EU:C:2020:901), lijken „[d]e bewoordingen van artikel 4, punt 11, van [verordening 2016/679], dat voor [deze verordening] een definitie geeft van de ‚toestemming van de betrokkene', [...] immers nog strikter dan die van artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46, aangezien voor die toestemming een ‚vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige' wilsuiting van de betrokkene is vereist, in de vorm van een verklaring of ‚een ondubbelzinnige actieve handeling' die erop duidt dat hij de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens aanvaardt. In [de genoemde verordening] wordt dus uitdrukkelijk actieve toestemming voorgeschreven" (punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[15] Daarbij is het niet van belang dat, zoals blijkt uit het arrest van 13 juni 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498), een webgebaseerde e-maildienst als zodanig geen elektronische-communicatiedienst is in de zin van artikel 2, onder c), van richtlijn 2002/21, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB 2009, L 337, blz. 37), aangezien deze niet geheel of hoofdzakelijk bestaat in de overbrenging van signalen op elektronische-communicatienetwerken.

[16] Cursivering van mij.

[17] Cursivering van mij.

een breed spectrum van communicatie voor direct marketing te bestrijken, blijkt ook uit overweging 4 van richtlijn 2002/58, waarin wordt gewezen op de doelstelling om „te voorzien in een gelijke mate van bescherming van persoonsgegevens en van de persoonlijke levenssfeer voor gebruikers van openbare elektronische-communicatiediensten, *ongeacht de technologieën waarvan gebruik wordt gemaakt*”[18]. Deze doelstelling vereist een dynamische en technologieneutrale benadering van de in richtlijn 2002/58 opgenomen begrippen.

54. Ongeacht de omvang van de voor direct marketing gebruikte communicatiemiddelen die binnen de werkingssfeer van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 vallen, lijkt het mij in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie van doorslaggevend belang dat de betrokken reclameboodschappen hun ontvangers bereiken door het *gebruik* van de e-mail. Met de Commissie merk ik op dat deze berichten verschijnen in de inbox van een gebruikersaccount van een e-maildienst, dat wil zeggen een plaats die normaliter is voorbehouden voor elektronische post stricto sensu, namelijk privé-e-mails. De afzender van deze berichten maakt dus gebruik van e-mail om de consument te bereiken, zodat het wel degelijk gaat om mededelingen voor directmarketingdoeleinden „door middel van e-mail” overeenkomstig overweging 67 van richtlijn 2009/136, in het licht waarvan artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 moet worden uitgelegd. Het opnemen in de lijst van privé-e-mails van berichten als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, moet naar mijn mening dan ook worden aangemerkt als *gebruik* van e-mail met het oog op direct marketing, dat binnen de werkingssfeer van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 valt.

55. Doordat de litigieuze reclamepraktijk in de inbox van een gebruikersaccount van een e-maildienst is geplaatst, kan deze de gebruiker rechtstreeks en individueel bereiken in de privésfeer die tot stand komt door een dergelijke inbox, waarvan de toegang is beveiligd met een wachtwoord, en dit met een doeltreffendheid die mij vergelijkbaar lijkt met die van ongewenste e-mail (spam). De keuze om de litigieuze reclame in de inbox te plaatsen, is niet toevallig en doet, voor de toepassing van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58, een belangrijk verschil ontstaan met reclamebanners die in de marge en apart van de lijst met privé-e-mails verschijnen. Aangezien de betrokken reclame op hetzelfde niveau verschijnt als de privé-e-mails, krijgt de litigieuze reclame immers dezelfde aandacht als die welke de gebruiker aan die privé-e-mails besteedt. Zoals de Commissie terecht opmerkt, maken de bij de verspreiding van deze reclame betrokken marktdeelnemers in een dergelijk geval gebruik van particuliere e-mail-inboxen en van de belangstelling en het vertrouwen dat de gebruikers van een e-maildienst in deze inbox stellen, doordat zij hun reclameboodschappen een voorkomen geven dat, ondanks enkele kleine verschillen, lijkt op dat van privé-e-mails. Doordat de reclameboodschappen regels van de inbox bezetten die normaliter voor privé-e-mails zijn bestemd, en zij op die e-mails lijken, bestaat er bovendien gevaar voor verwarring tussen deze twee categorieën van berichten, hetgeen ertoe kan leiden dat de gebruiker die op de regel van de reclameboodschap klikt, zijn privé-e-mails niet verder kan raadplegen, maar tegen zijn wil wordt doorgestuurd naar een website waarop de betrokken reclame wordt getoond.

56. Ik ben het met de Commissie eens dat de vaststelling dat de reclameboodschap, anders dan privé-e-mails, op een grijze achtergrond verschijnt, geen opslagruimte inneemt en niet de gebruikelijke functionaliteiten van e-mails biedt, niet eraan in de weg staat dat moet worden erkend dat er sprake is van indringing in het privéleven van gebruikers van een e-maildienst. Aangezien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde reclameboodschappen in dezelfde lijst verschijnen als de privé-e-mails, zijn voor de verwijdering ervan dezelfde aandacht en dezelfde handelingen vereist als bij ongewenste e-mail (spam). De mate van hinder lijkt mij vergelijkbaar.

[18] Cursivering van mij.

Het feit dat deze berichten niet over dezelfde functionaliteiten beschikken als e-mails, creëert bovendien een extra element van hinder vergeleken met ongewenste e-mail (spam), aangezien de specifieke behandeling die deze berichten vereisen, ertoe kan leiden dat bij het verwijderen ervan fouten worden gemaakt of dat de reclame per ongeluk wordt aangeklikt.

57. Kortom, de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer lijkt mij hier te worden gekenmerkt door het gebruik van een communicatiemiddel, namelijk e-mail, dat normaliter is voorbehouden voor het verzenden en ontvangen van privécorrespondentie. In tegenstelling tot reclamebanners die in de marge en apart van de lijst van privé-e-mails verschijnen, hinderen de in het hoofdgeding aan de orde zijnde reclameboodschappen, die verschijnen in de inbox van de privé-e-mails – die door de gebruiker als onderdeel van zijn persoonlijke levenssfeer wordt beschouwd –, de toegang tot deze e-mails in een mate en op een wijze die erg veel gelijkenis vertoont met die van ongewenste e-mail (spam). Naar mijn mening volgt hieruit dat op deze wijze inbreuk wordt gepleegd op de doelstelling van de bescherming van gebruikers tegen inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer door ongewenste communicatie met het oog op direct marketing, zoals die door artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58, gelezen in het licht van overweging 40 van deze richtlijn en overweging 67 van richtlijn 2009/136 wordt nagestreefd. De inbreuk op de persoonlijke levenssfeer door het gebruik van de e-mail-inbox staat dus vast en is naar mijn mening voldoende om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde techniek van direct marketing te onderwerpen aan het vereiste van voorafgaande toestemming van de gebruiker van de e-maildienst.

58. Ik ben van oordeel dat afbreuk zou worden gedaan aan het nuttig effect van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58, indien reclameboodschappen als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, in de inbox van een gebruikersaccount van een e-maildienst zouden mogen verschijnen zonder dat deze gebruiker vooraf zijn toestemming heeft gegeven om dergelijke berichten in die vorm en op die plaats te tonen.

59. Het door de Uniewetgever nagestreefde doel, namelijk het beschermen van de gebruiker tegen een permanente overbelasting van zijn privé-inboxen of -telefoonlijnen door ongewenste commerciële berichten of oproepen, vereist dus dat het nuttig effect van deze bepaling wordt gewaarborgd. Dit impliceert dat die bepaling aldus moet worden uitgelegd dat zij gericht is tegen reclameboodschappen die, wegens de gelijkenis ervan met privé-e-mails en de plaatsing ervan in de lijst van privé-e-mails, inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van gebruikers van e-maildiensten. Een dergelijke uitlegging is nodig om te voorkomen dat het door artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 opgelegde vereiste van voorafgaande toestemming kan worden omzeild, ook al vormt een reclameboodschap als die welke in het hoofgeding aan de orde is volgens mij ontegenzeglijk een handeling inzake direct marketing langs elektronische weg, waarbij voor de verspreiding gebruik wordt gemaakt van de inbox die normaal alleen voor privé-e-mails bestemd is en waarbij dezelfde gevolgen en hinder ontstaan als bij ongewenste reclame-e-mail (spam), die een van de hoofddoeleinden van deze bepaling vormt.

60. Zoals ik reeds heb gesteld, is het in het licht van de ook door de Uniewetgever nagestreefde doelstelling van technologische neutraliteit, eveneens van belang om de werkingssfeer van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58, ruim uit te leggen, zodat ook nieuwe technieken inzake direct marketing daaronder kunnen vallen.

61. In antwoord op de derde vraag van de verwijzende rechter voeg ik hieraan toe dat het feit dat een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, wordt getoond in de inbox van een willekeurig gekozen gebruiker volgens mij geenszins in de weg staat aan de vaststelling dat er sprake is van „gebruik van [...] e-mail met het oog op direct marketing” in de zin van artikel 13,

lid 1, van richtlijn 2002/58. Ik ben het namelijk met de Portugese regering eens dat het voor de toepassing van deze bepaling niet van belang is of de ontvanger willekeurig wordt gekozen dan wel vooraf bepaald is. Met andere woorden, het is van weinig belang of de betrokken reclame aan een vooraf bepaalde en individueel geïdentificeerde ontvanger is gericht, dan wel of het gaat om een massale en willekeurige verspreiding onder meerdere ontvangers. Wat telt, is dat er sprake is van een commerciële communicatie die een of meer gebruikers van e-maildiensten rechtstreeks en individueel bereikt, doordat zij wordt getoond in de inbox van de e-mailaccount van die gebruikers.

62. In antwoord op de vierde vraag van de verwijzende rechter moet verder worden gepreciseerd dat om een reclameactie – als die welke in het hoofdgeding aan de orde is – als „gebruik van [..] e-mail met het oog op direct marketing" in de zin van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 te kunnen kwalificeren, er geen belasting van de gebruiker hoeft te worden vastgesteld die verder gaat dan hinder. Zoals blijkt uit overweging 40 van deze richtlijn, wordt het in deze bepaling neergelegde vereiste van voorafgaande toestemming immers met name gerechtvaardigd door het feit dat ongewenste communicatie voor de doeleinden van direct marketing „een belasting en/of kosten voor de ontvanger" met zich kan meebrengen. Aangezien dergelijke communicatie binnen de werkingssfeer van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 valt, moet worden aangenomen dat zij een belasting voor de ontvanger met zich meebrengt, zonder dat hoeft te worden nagegaan of deze belasting verder gaat dan hinder.

63. Uit het voorgaande volgt, naar mijn mening, dat een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, binnen de werkingssfeer van artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 valt. Een dergelijke handeling inzake direct marketing is derhalve niet toegestaan indien de ontvanger daarin niet vooraf heeft toegestemd.

64. Zoals ik hierboven heb aangegeven, moet er op zijn minst sprake zijn van vrije, specifieke en geïnformeerde toestemming. [19]

65. In dit verband staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de gebruiker, tijdens de registratie van het gratis e-mailadres of op enig ander tijdstip, op de hoogte is gebracht van de precieze wijze waarop de reclame bij het openen van de webpagina van de e-mailaccount wordt verspreid. In het bijzonder moet worden geverifieerd of deze gebruiker duidelijk en nauwkeurig is ingelicht over het feit dat reclamebanners niet alleen in de marge en apart van de lijst van privé-e-mails, maar ook binnen deze lijst zelf worden getoond. Dergelijke informatie moet de gebruiker in staat stellen om gemakkelijk de gevolgen te bepalen van de door hem eventueel te verlenen toestemming, en waarborgen dat hij deze toestemming met kennis van zaken verleent. [20] Op basis hiervan is het van belang om na te gaan of diezelfde gebruiker specifiek toestemming heeft gegeven voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde reclametechniek, dat wil zeggen of hij uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven voor het tonen van reclameboodschappen in de inbox van zijn e-mailaccount. [21]

[19] Zie punt 50 van deze conclusie.

[20] Zie met name arrest van 11 november 2020, Orange România (C-61/19, EU:C:2020:901, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[21] Zoals het Hof in zijn arrest van 11 november 2020, Orange România (C-61/19, EU:C:2020:901) heeft opgemerkt, „moet een wilsuiting volgens artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46 en artikel 4, punt 11, van verordening 2016/679 „specifiek" zijn, in die zin dat deze precies op de verwerking van de betrokken gegevens gericht moet zijn en niet kan worden afgeleid uit een algemene wilsuiting die op iets anders betrekking heeft" (punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

66. Het economische model dat aan de basis ligt van de werkwijze van veel aanbieders van e-maildiensten op het internet is vaak gebaseerd op reclame. In dit opzicht aanvaardt de gebruiker van dergelijke diensten dat het feit dat de dienst gratis is, in zekere zin wordt gecompenseerd door de weergave van reclame. Dit doet echter niets af aan het vereiste dat een dergelijke aanvaarding van reclame, wanneer deze reclame binnen de inbox zelf van de e-mailaccount verschijnt, krachtens artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 tot uitdrukking moet komen in een toestemming van de gebruiker van die account.

67. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de verwijzende rechter te antwoorden dat artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/58 aldus moet worden uitgelegd dat het tonen, in de inbox van een gebruiker van een e-maildienst, van reclameboodschappen die qua vorm op e-mails lijken en op dezelfde plaats worden getoond, neerkomt op het „gebruik van [...] e-mail met het oog op direct marketing" in de zin van deze bepaling, waarbij de willekeurige vaststelling van de ontvangers van deze boodschappen in dit verband irrelevant is en er geen belasting van de gebruiker hoeft te worden vastgesteld die verder gaat dan hinder. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of die gebruiker, voorafgaand aan de weergave van die reclameboodschappen in de inbox van zijn e-mailaccount, toestemming heeft gegeven en of deze toestemming op zijn minst vrij, specifiek en geïnformeerd was.

B. Uitlegging van bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29

68. Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het tonen van reclameboodschappen in de inbox van de gebruiker van een e-maildienst neerkomt op hardnekkig en ongewenst aandringen per e-mail.

69. Artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 stelt de criteria vast om te bepalen of een handelspraktijk oneerlijk is en preciseert in lid 4 dat in het bijzonder handelspraktijken die „misleidend" zijn in de zin van de artikelen 6 en 7 van die richtlijn, of die „agressief" zijn, in de zin van de artikelen 8 en 9 van die richtlijn, als oneerlijk worden beschouwd. Artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29 bepaalt bovendien dat bijlage I bij deze richtlijn „de lijst bevat van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd". In dit verband wordt in overweging 17 van richtlijn 2005/29 gepreciseerd dat met het oog op een grotere rechtszekerheid alleen de in deze bijlage I genoemde praktijken onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd zonder dat zij individueel aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van deze richtlijn hoeven te worden getoetst.[22] Aangezien bijlage I bij richtlijn 2005/29 een volledige en uitputtende lijst bevat, kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde handelspraktijk slechts als een onder alle omstandigheden agressieve handelspraktijk in de zin van deze richtlijn worden gekwalificeerd indien deze praktijk overeenkomt met een van de in de punten 24 tot en met 31 van deze bijlage opgesomde situaties.[23]

70. Onder de in bijlage I opgesomde „[a]gressieve handelspraktijken" vermeldt punt 26 het „[h]ardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia behalve indien er, voor zover gerechtvaardigd volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven".

[22] Zie met name arrest van 13 september 2018, Wind Tre en Vodafone Italia (C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[23] Zie arrest van 12 juni 2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, punt 25).

71. Zoals ik hierboven heb uiteengezet, bereikt een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, de gebruiker van een e-maildienst rechtstreeks en individueel, aangezien deze boodschap wordt weergegeven in de inbox van zijn account, tussen zijn privé-e-mails. Vanuit het oogpunt van deze gebruiker ziet deze reclameboodschap eruit als een e-mail die hem individueel is toegezonden. Zoals de Commissie opmerkt, is het effect van deze boodschap vergelijkbaar met dat van geïndividualiseerde direct marketing, ongeacht of de adverteerder die ontvanger specifiek heeft geïndividualiseerd tijdens de technische voorbereiding van de betrokken boodschap en ongeacht of deze boodschap qua opslagruimte en functionaliteiten al dan niet anders wordt behandeld dan e-mails.

72. Ik ben daarom van mening dat een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die de kenmerken van direct marketing vertoont en met dit doel wordt verspreid, neerkomt op „aandringen" bij gebruikers van e-maildiensten, aangezien deze boodschap, die verschijnt in een ruimte die voor hun privé-e-mails is bestemd, rechtstreeks en individueel tot hen is gericht.

73. Wat de kenmerken betreft die het „aandringen" moet vertonen om onder bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29 te vallen, namelijk dat het „[h]ardnekkig en ongewenst" moet zijn, staat het volgens mij aan de verwijzende rechter om na te gaan of daaraan in het kader van het hoofdgeding is voldaan. In dit verband wijs ik erop dat het tonen van een reclameboodschap als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, gelet op de in artikel 8 van richtlijn 2005/29 gegeven definitie van een agressieve handelspraktijk, voldoende frequent en regelmatig moet gebeuren om als „hardnekkig aandringen" te worden aangemerkt, wat mij niet het geval lijkt te zijn bij een bericht dat slechts drie keer is verschenen. Daarentegen is er naar mijn mening wel degelijk sprake van „ongewenst" aandringen, indien zou blijken dat de gebruiker van de e-maildienst niet vooraf zijn toestemming heeft gegeven voor het tonen van reclameboodschappen in de inbox van zijn e-mailaccount. Er moet ook rekening worden gehouden met het feit dat deze gebruiker op 20 december 2016 aan eprimo een ingebrekestelling heeft gestuurd met betrekking tot een reclame van 12 december 2016 en deze onderneming dus uitdrukkelijk heeft laten weten dat hij dit soort reclame niet wenst te ontvangen.

74. Gelet op al deze elementen moet de vijfde vraag naar mijn mening aldus worden beantwoord dat het begrip „[h]ardnekkig en ongewenst aandringen per [...] e-mail" in de zin van bijlage I, punt 26, bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het betrekking kan hebben op een handelwijze, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die erin bestaat dat in de inbox van een gebruiker van een e-maildienst reclameboodschappen die qua vorm op e-mails lijken, op dezelfde plaats als de e-mails worden getoond. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze reclameboodschappen voldoende frequent en regelmatig zijn getoond om als „hardnekkig" aandringen te worden aangemerkt, en of het tonen van deze boodschappen als „ongewenst" aandringen kan worden gekwalificeerd, rekening houdend met de vraag of die gebruiker voorafgaand aan het tonen van die boodschappen daarvoor al dan niet zijn toestemming heeft gegeven, alsook met de vraag of hij tegen een dergelijke vorm van reclame bezwaar heeft gemaakt.

V. Conclusie

75. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 13, lid 1, van 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), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, moet aldus worden uitgelegd dat het tonen, in de inbox van een gebruiker van een e-maildienst, van reclameboodschappen die qua vorm op e-mails lijken en op dezelfde plaats worden getoond, neerkomt op het ‚gebruik van [...] e-mail met het oog op direct marketing' in de zin van deze bepaling, waarbij de willekeurige vaststelling van de ontvangers van deze boodschappen in dit verband irrelevant is en er geen belasting van de gebruiker hoeft te worden vastgesteld die verder gaat dan hinder. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of die gebruiker, voorafgaand aan de weergave van die reclameboodschappen in de inbox van zijn e-mailaccount, toestemming heeft gegeven en of deze toestemming op zijn minst vrij, specifiek en geïnformeerd was.

2) Het begrip ‚[h]ardnekkig en ongewenst aandringen per [...] e-mail' in de zin van bijlage I, punt 26, bij 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') moet aldus worden uitgelegd dat het betrekking kan hebben op een handelwijze, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die erin bestaat dat in de inbox van een gebruiker van een e-maildienst reclameboodschappen die qua vorm op e-mails lijken, op dezelfde plaats als de e-mails worden getoond. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze reclameboodschappen voldoende frequent en regelmatig zijn getoond om als ‚hardnekkig' aandringen te worden aangemerkt, en of het tonen van deze boodschappen als ‚ongewenst' aandringen kan worden gekwalificeerd, rekening houdend met de vraag of die gebruiker voorafgaand aan het tonen van die boodschappen daarvoor al dan niet zijn toestemming heeft gegeven, alsook met de vraag of hij tegen een dergelijke vorm van reclame bezwaar heeft gemaakt."