



Datum van inontvangstneming : 16/01/2018

Zaak C-673/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

30 november 2017

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 oktober 2017

Verzoeker:

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände
– Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

Verweerster:

Planet49 GmbH

BUNDESGERICHTSHOF (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland)

BESLUIT

[OMISSIS] van

5 oktober 2017

[OMISSIS]

In het geding tussen

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., [OMISSIS] Berlijn,

verzoeker, verzoeker tot „Revision” en verweerder in „Revision”

[OMISSIS]

en

Planet49 GmbH, [OMISSIS] [OMISSIS] Sulzbach, [OMISSIS] verweerster,
verweerster in „Revision” en verzoekster tot „Revision”

[OMISSIS] **[Or. 2]**

heeft de eerste Zivilsenat (eerste civiele kamer) van het Bundesgerichtshof na de terechtzitting op 14 juni 2017 [OMISSIS] [samenstelling van de rechtsprekende formatie]

het volgende besloten:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt – met het oog op de uitlegging van artikel 5, lid 3, en artikel 2, onder f), 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) (PB L 201 van 31 juli 2002, blz. 37), zoals gewijzigd bij artikel 2, punt 5, van richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (PB L 337 van 18 december 2009, blz. 11), gelezen in samenhang met artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB L 281 van 23 november 1995, blz. 31), en van artikel 6, lid 1, onder a), van 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 L 119 van 4 mei 2016, blz. 1) – verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
 1. a) Is er sprake van een daadwerkelijke toestemming in de zin van artikel 5, lid 3, en artikel 2, onder f), van **[Or. 3]** richtlijn 2002/58/EG, gelezen in samenhang met artikel 2, onder h), van

richtlijn 95/46/EG, wanneer de opslag van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen op de eindapparatuur van de gebruiker wordt toegestaan door middel van een vooraf ingesteld selectievakje dat door de gebruiker moet worden gedeactiveerd ingeval hij weigert zijn toestemming te verlenen?

- b) Maakt het bij de toepassing van artikel 5, lid 3, en artikel 2, onder f), van richtlijn 2002/58/EG, gelezen in samenhang met artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46/EG, enig verschil dat de opgeslagen of opgevraagde gegevens persoonsgegevens zijn?
 - c) Is in de in prejudiciële vraag 1 a) beschreven omstandigheden sprake van een daadwerkelijke toestemming in de zin van artikel 6, lid 1, onder a), van verordening (EU) 2016/679?
2. Welke gegevens dienen door de aanbieder van diensten aan de gebruiker te worden verstrekt in het kader van de ingevolge artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG te verstrekken duidelijke en volledige informatie? Vallen daaronder ook de informatie hoelang de cookies actief blijven en of derden toegang tot de cookies hebben?

Motivering

- 1 I. Verzoeker is het Bundesverband der Verbraucherzentralen, een organisatie die vermeld staat op de lijst van bevoegde entiteiten in de zin van § 4 van het Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz) (Duitse wet inzake de stakingsvordering; hierna: „UKlaG”). Verweerster biedt kansspelen op het internet aan.
- 2 Op 24 september 2013 heeft verweerster een kansspel georganiseerd op de website „www.dein-macbook.de”. Na het invoeren van zijn postcode kwam de gebruiker op een pagina terecht waar hij zijn naam en adres [Or. 4] diende in te voeren. Onder de invoervelden voor de adressen stonden twee aanwijzingen, welke voorzien waren van selectievakjes. De eerste aanwijzing, welke was voorzien van een selectievakje dat niet van tevoren was aangekruist, luidde:

„Ik vind het goed dat sponsors en partners mij per post of telefonisch dan wel via e-mail of sms op de hoogte stellen van aanbiedingen die verband houden met hun respectieve activiteiten. Ik kan deze hier zelf bepalen; anders zal de keuze door de organisator worden gemaakt. Ik kan mijn instemming te allen tijde weer intrekken. Meer informatie daarover is hier te vinden.”
- 3 De tweede aanwijzing, welke was voorzien van een selectievakje dat van tevoren was aangekruist, luidde:

„Ik vind het goed dat webanalysebedrijf Remintrex bij mij wordt ingeschakeld. Dat brengt mee dat de organisator van het kansspel, Planet49 GmbH, na mijn registratie voor het kansspel cookies zal installeren, waardoor zij in de gelegenheid zal verkeren mijn surf- en gebruiksgedrag op websites van reclamepartners te analyseren en waardoor Remintrex mij specifieke reclameberichten zal kunnen toesturen. Deze cookies kan ik te allen tijde weer wissen. Lees er hier meer over.”

- 4 Deelname aan het kansspel was alleen mogelijk wanneer minstens de eerste aanwijzing was aangekruist.
- 5 Via de elektronische link waarvan de woorden „sponsors en partners” en „hier” uit de eerste aanwijzing waren voorzien, kwam de gebruiker in een lijst terecht met daarin 57 bedrijven, hun adres, de activiteiten waarvoor er reclame zou worden gemaakt en de daarvoor gebruikte communicatiemiddelen (e-mail, post of telefoon) alsmede het onderstreepte woord „Afmelden” onder elk bedrijf. De lijst werd voorafgegaan door de volgende aanwijzing:

„Door op de link , Afmelden’ te klikken beslis ik dat aan de genoemde partner/sponsor geen toestemming mag worden gegeven om reclame te maken. Wanneer ik geen of onvoldoende partners/sponsors heb afgemeld, zal Planet49 naar eigen goeddunken partners/sponsors voor mij selecteren (maximaal aantal: 30 partners/sponsors).”

- 6 Door te klikken op de link waarvan het woord „hier” uit de tweede aanwijzing was voorzien, verscheen de volgende informatie: **[Or. 5]**

„De geïnstalleerde cookies met de namen ceng_cache, ceng_etag, ceng_png en gr zijn kleine bestanden die op aangeven van uw browser worden opgeslagen op uw harde schijf en via welke gegevens worden binnengehaald die een meer gebruikersvriendelijke en effectieve reclame mogelijk maken. De cookies bevatten een gerandomiseerd identificatienummer dat tevens is toegekend aan uw registratiegegevens. Wanneer u vervolgens de website van een voor Remintrex geregistreerde reclamepartner bezoekt (of er sprake is van registratie vindt u in de privacyverklaring van de reclamepartner), wordt via een iFrame van Remintrex automatisch geregistreerd dat u (d.w.z. de gebruiker met het opgeslagen identificatienummer) de website heeft bezocht, voor welk product u belangstelling had en of er al dan niet een overeenkomst is aangegaan.

Vervolgens kan Planet49 GmbH u op basis van uw instemming met de reclame, welke u heeft verleend bij uw registratie voor het kansspel, e-mails met reclame toesturen waarin rekening wordt gehouden met uw interessepunten op de website van de reclamepartner. Wanneer u uw instemming met de reclame weer intrekt, zult u uiteraard geen reclame via e-mail meer ontvangen.

De gegevens die via de cookies worden doorgegeven worden uitsluitend benut met het oog op reclame voor producten van de reclamepartner. De gegevens worden voor iedere reclamepartner apart verzameld, opgeslagen en benut. In geen geval zullen er gebruikersprofielen over verschillende reclamepartners heen worden opgesteld. De verschillende reclamepartners ontvangen geen persoonsgegevens.

Wanneer u niet wilt dat de cookies nog worden gebruikt, kunt u deze steeds wissen in uw browser. In de helpfunctie van uw browser kunt u een handleiding vinden.

De cookies kunnen geen programma's op uw computer laten lopen of virussen overdragen.

Uiteraard kunt u uw instemming steeds weer intrekken. U kunt uw intrekking schriftelijk kenbaar maken aan PLANET49 GmbH [adres]. Een e-mail naar onze klantenservice [e-mailadres] volstaat echter ook."

- 7 Verzoeker heeft aangevoerd dat de door verweerster gevraagde verklaringen van instemming niet voldoen aan de vereisten uit § 307 van het Bürgerliches Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”), gelezen in samenhang met § 7, lid 2, punt 2, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Duitse wet betreffende oneerlijke concurrentie; hierna: „UWG”) en §§ 12 e.v. van het Telemediengesetz (Duitse telemediawet; hierna: „TMG”). Een precontentieuze aanmaning dienaangaande leverde niets op. **[Or. 6]**
- 8 Verzoeker heeft uiteindelijk verzocht:
- I. verweerster op straffe van nader genoemde dwangmaatregelen te gelasten ermee op te houden de hierna genoemde of inhoudelijk identieke bepalingen, welke moeten worden aanvaard om aan een kansspel te kunnen deelnemen, op te nemen in zijn afspraken met consumenten, en zich bij de afwikkeling van dergelijke overeenkomsten, die zijn gesloten na 1 april 1977, te beroepen op de bepalingen:
1. Ik vind het goed dat sponsors en partners mij per post of telefonisch dan wel via e-mail of sms op de hoogte stellen van aanbiedingen die verband houden met hun respectieve activiteiten. Ik kan deze hier zelf bepalen; anders zal de keuze door de organisator worden gemaakt. Ik kan mijn instemming te allen tijde weer intrekken. Meer informatie daarover is hier te vinden;
 2. Ik vind het goed dat sponsors en partners mij [per post of] telefonisch [dan wel via e-mail of sms] op de hoogte stellen van aanbiedingen die verband houden met hun respectieve activiteiten. Ik kan deze hier zelf bepalen; anders zal de keuze door de organisator worden gemaakt. [Ik kan mijn instemming te allen tijde weer intrekken. Meer informatie daarover is hier te vinden;]

Subsidiair ten opzichte van verzoek I.2:

Ik vind het goed dat sponsors en partners mij [per post of] telefonisch [dan wel via e-mail of sms] op de hoogte stellen van aanbiedingen die verband houden met hun respectieve activiteiten. Ik kan deze hier zelf bepalen; anders zal de keuze door de organisator worden gemaakt. [Ik kan mijn instemming te allen tijde weer intrekken. Meer informatie daarover is hier te vinden].

wanneer deze bepaling wordt gehanteerd in combinatie met een lijst zoals in bijlage K 1 bij het verzoekschrift;

3. de volgende bepaling met een van tevoren ingesteld selectievakje:

Ik vind het goed dat webanalysebedrijf Remintrex bij mij wordt ingeschakeld. Dat brengt mee dat de organisator van het kansspel, Planet49 GmbH, na mijn registratie voor het kansspel cookies zal installeren, waardoor zij in de gelegenheid zal verkeren mijn surf- en gebruiksgedrag op websites van reclamepartners te analyseren en waardoor Remintrex mij specifieke reclameberichten zal kunnen toesturen (...);

II. verwerende partij te veroordelen verzoeker 214 EUR te betalen, vermeerderd met rente, berekend op de voet van de basisrente vermeerderd met 5 procentpunten vanaf 15 maart 2014. **[Or. 7]**

- 9 Het Landgericht (rechter in eerste aanleg, Duitsland) heeft het sub I 1, I 3 en II gevorderde toegewezen en de eis voor het overige verworpen. Na het hoger beroep dat door de verweerster was ingesteld heeft de appelrechter het sub I 3 gevorderde verworpen en het hoger beroep voor het overige afgewezen met de verklaring dat het resterende verbod wordt aangevuld met de woorden „wanneer deze bepaling wordt gehanteerd in combinatie met een lijst zoals in bijlage K 1 bij het verzoekschrift”. Met het door de appelrechter toegestane beroep in „Revision” handhaaft verzoeker het sub I 3 gevorderde en handhaaft verweerster de afwijzing van de eis. Partijen verzoeken elk om afwijzing van het beroep van de tegenpartij.
- 10 II. Het succes van verzoekers beroep tot „Revision” hangt af van de uitlegging van artikel 5, lid 3, en artikel 2, onder f), van richtlijn 2002/58/EG, gelezen in samenhang met artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46/EG, en van artikel 6, lid 1, onder a), van verordening (EU) 2016/679. Alvorens uitspraak te doen over het beroep dient derhalve de behandeling te worden geschorst en het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267, lid 1, onder b), en lid 3, VWEU, te worden verzocht om een prejudiciële beslissing.
- 11 1. De appelrechter heeft het sub I 3 gevorderde ongegrond verklaard. Dienaangaande heeft hij aangevoerd dat er wat betreft de voorafgaande instelling van een selectievakje of inhoudelijk geen bezwaar kan worden gemaakt tegen de verklaring van instemming met betrekking tot het gebruik van cookies. De

gebruiker zou begrijpen dat hij het van tevoren geplaatste vinkje kan verwijderen. Vanuit het oogpunt van de druktechniek zou de verklaring van instemming voldoende duidelijk zijn. Inhoudelijk zou een dergelijke verklaring duidelijke informatie verschaffen over de wijze waarop er cookies worden gebruikt. De identiteit van derden die de via de cookies verzamelde gegevens kunnen inkijken zou niet openbaar moeten worden gemaakt.

- 12 2. Het sub I 3 gevorderde is mogelijk gegrond krachtens § 1 UKlaG, gelezen in samenhang met § 307, lid 1, BGB. Ingevolge § 307, lid 1, eerste volzin, BGB blijven de bepalingen uit algemene voorwaarden bij overeenkomsten zonder gevolg wanneer deze **[Or. 8]** de wederpartij van de degene die deze voorwaarden hanteert onevenredig benadelen in strijd met de goede trouw. Krachtens § 307, lid 2, punt 1, BGB wordt in geval van twijfel uitgegaan van een onevenredige benadeling indien een bepaling onverenigbaar is met fundamentele overwegingen waarop de regeling waarvan wordt afgeweken, berust. In het hier aanhangige geding kan de door verweerster voorziene, elektronisch te verlenen toestemming van de gebruiker, die het mogelijk maakt middels een van tevoren ingesteld selectievakje gegevens op de eindapparatuur van de gebruiker met behulp van cookies op te vragen, onverenigbaar zijn met wezenlijke grondbeginselen uit artikel 5, lid 3, en artikel 2, onder f), van richtlijn 2002/58/EG, gelezen in samenhang met artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46/EG, en artikel 6, lid 1, onder a), van verordening (EU) 2016/679. Daarop hebben prejudiciële vragen 1 a) tot c) betrekking.
- 13 a) Volgens § 15, lid 3, TMG mag de aanbieder van diensten met het oog op reclame, marktonderzoek of de gepaste vormgeving van zijn telediensten bij gebruik van pseudoniemen gebruikersprofielen opstellen, mits de gebruiker daartegen geen bezwaar maakt nadat hij op de hoogte is gesteld van zijn recht van bezwaar. Gelet op artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG, zoals gewijzigd bij artikel 2, punt 5, van richtlijn 2009/136/EG, dient deze bepaling te worden uitgelegd overeenkomstig de richtlijn. Om hierover duidelijkheid te krijgen wordt prejudiciële vraag 1 a) gesteld.
- 14 aa) In de oorspronkelijke versie van artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG was aangegeven dat wanneer er gegevens op de eindapparatuur van de gebruiker zijn opgeslagen of wanneer de toegang tot deze gegevens mogelijk is, de aanbieder van diensten niet alleen duidelijke en volledige informatie dient te verschaffen aan de gebruiker, met name over het doel van de verwerking, maar hem er ook op dient te wijzen dat hij het recht heeft een dergelijke verwerking te weigeren. Ingevolge de herziening van artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG bij richtlijn 2009/136/EG dienen de lidstaten te garanderen dat er alleen gegevens mogen worden opgeslagen of dat toegang tot de reeds op de eindapparatuur van de gebruiker opgeslagen gegevens alleen mogelijk is wanneer de betrokken gebruiker daarmee heeft ingestemd op grond van duidelijke en **[Or. 9]** volledige informatie, onder andere over het doel van de verwerking, welke informatie hij moet hebben ontvangen overeenkomstig richtlijn 95/46/EG. De toestemmingsvereiste staat de opslag en de toegang ingevolge artikel 5, lid 3, tweede volzin, van richtlijn

2002/58/EG niet in de weg wanneer het enige doel erin bestaat gegevens via een elektronisch communicatienetwerk over te dragen of wanneer de opslag of toegang vereist is om de gebruiker de door hem uitdrukkelijk gevraagde dienst van de informatiemaatschappij ter beschikking te stellen.

- 15 De in artikel 5, lid 3 van richtlijn 2002/58/EG bedoelde handelingen, namelijk de opslag of opvraging van gegevens die zijn opgeslagen op de eindapparatuur van de gebruiker, worden gewoonlijk verricht met behulp van cookies. Cookies zijn tekstbestanden die de door de provider van een website worden opgeslagen op de computer van de gebruiker en die bij een volgend bezoek aan deze website opnieuw kunnen worden opgevraagd teneinde een surfessie of transacties te faciliteren dan wel om gegevens over het gebruikersgedrag op te vragen [OMISSIS] [verwijzing naar juridische literatuur]. In het hier aanhangige geding zijn de opslag en de opvraging van de informatie niet technisch vereist in de zin van artikel 5, lid 3, tweede volzin, van richtlijn 2002/58/EG maar bestemd voor reclamedoeleinden, zodat de uitzondering op de toestemmingsvereiste geen toepassing vindt.
- 16 bb) Richtlijn 2009/136/EG diende ingevolge artikel 4, lid 1, van deze richtlijn door de lidstaten te worden omgezet tegen 25 mei 2011. De Duitse wetgever heeft geen omzettingshandelingen vastgesteld en heeft met name de „opt-out”-regeling uit § 15, lid 3, TMG niet gewijzigd [OMISSIS] [verwijzing naar juridische literatuur]. In het verweerschrift in „Revision” wordt aangevoerd dat veel lidstaten artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG, in dier voege hebben omgezet dat voor de benutting van gegevens die zijn verzameld door middel van cookies een „opt-out”-regeling geldt, waarbij de weigering [**Or. 10**] van de gebruiker is vereist. In zijn beroep tot „Revision” wijst verzoeker er dan weer op dat andere lidstaten dienaangaande een „opt-in”-regeling hebben uitgewerkt, waarbij een voorafgaande toestemming is vereist.
- 17 cc) Artikel 2, tweede volzin, onder f), van richtlijn 2002/58/EG verwijst wat betreft de definitie van de toestemming naar artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46/EG. Volgens die bepaling is de toestemming van de betrokkene „elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting”.
- 18 Overweging 17 van richtlijn 2002/58 luidt als volgt:
- „In deze richtlijn dient ‚toestemming van een gebruiker of abonnee’, ongeacht of deze laatste een natuurlijke of rechtspersoon is, dezelfde betekenis te hebben als ‚toestemming van de betrokkene’ zoals gedefinieerd en nader bepaald in richtlijn 95/46/EG. Toestemming kan worden gegeven op elke wijze die de gebruiker in staat stelt vrijelijk een specifieke en geïnformeerde indicatie te geven omtrent zijn wensen, onder andere door bij een bezoek aan een internetwebsite op een vakje te klikken.”
- 19 Overweging 66 van richtlijn 2009/136 luidt als volgt:

Het is mogelijk dat derden informatie op de apparatuur van een gebruiker willen installeren of toegang tot reeds opgeslagen informatie willen krijgen, dit om tal van redenen, gaande van wettige handelingen (bv. bepaalde types cookies) tot ongeoorloofde indringing in de privésfeer (bv. spyware of virussen). Daarom is het van kapitaal belang dat gebruikers duidelijke en omvattende informatie krijgen wanneer zij een handeling stellen die kan resulteren in een dergelijke opslag of toegang. De wijze waarop informatie wordt gegeven en een recht van weigering wordt aangeboden moet zo gebruikersvriendelijk mogelijk zijn. Uitzonderingen op de verplichting om informatie te geven en een recht van weigering aan te bieden moeten worden beperkt tot situaties waarbij de technische opslag of toegang strikt noodzakelijk is voor het wettige doel of om het gebruik mogelijk te maken van een specifieke dienst waarom de abonnee of gebruiker heeft verzocht. Wanneer dit technisch mogelijk en doeltreffend is, kan, overeenkomstig de desbetreffende bepalingen van richtlijn 95/46/EG, de toestemming van de gebruiker met verwerking worden uitgedrukt door gebruik te maken van de desbetreffende instellingen van een browser of een andere toepassing. (...)

- 20 Volgens het Bundesgerichtshof dient de vereiste toestemming van tevoren en uitdrukkelijk te worden verleend, zoals blijkt uit diens rechtspraak aangaande de toepassing van de op artikel 13 van richtlijn 2002/58/EG gebaseerde § 7, lid 2, punt 3, UWG, waarin reclame met **[Or. 11]** behulp van een automatische oproepmachine, een faxtoestel of een e-mailsysteem zonder de toestemming van de geadresseerde wordt verboden als zijnde een onaanvaardbaar lastigvallen. Tegen de achtergrond van de in overwegingen 5 en 6 tot uitdrukking gebrachte bedoeling om de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene te beschermen tegen nieuwe risico's als gevolg van openbare communicatienetwerken dient volgens deze lezing het begrip „specifieke en geïnformeerde indicatie” uit overweging 17 van richtlijn 2002/58/EG aldus te worden uitgelegd dat er een afzonderlijke verklaring van instemming vereist is welke uitsluitend betrekking heeft op de respectieve toestemming van de betrokkene. Clausules inzake toestemming die van dien aard zijn dat de klant iets moet ondernemen en deze een selectievakje moet aankruisen wanneer hij zijn toestemming niet wil verlenen („opt-out”-verklaring) vallen volgens deze lezing niet onder het begrip toestemming in de zin van richtlijn 2002/58/EG [OMISSIS] [verwijzing naar nationale rechtspraak].
- 21 b) Tevens moet de vraag worden opgehelderd of het bij de toepassing van artikel 5, lid 3, en artikel 2, onder f), van richtlijn 2002/58/EG, gelezen in samenhang met artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46/EG, enig verschil maakt dat de opgeslagen of opgevraagde gegevens persoonsgegevens zijn. Dienaangaande wordt prejudiciële vraag 1 b) gesteld.
- 22 aa) Volgens § 12, lid 1, TMG mag de aanbieder van diensten persoonsgegevens in verband met de terbeschikkingstelling van telemedia slechts verzamelen en benutten, voor zover deze wet of een andere wettelijke bepaling die expliciet op telemedia betrekking heeft, dit toestaat of de gebruiker zijn toestemming daarvoor heeft gegeven. Deze bepaling implementeert het verbod op de verwerking van

persoonsgegevens behoudens toestemming uit artikel 7, onder a), van richtlijn 95/46/EG [OMISSIS] [verwijzing naar juridische literatuur]. § 4a, lid 1, eerste volzin, van het Bundesdatenschutzgesetz (Duitse federale wet betreffende gegevensbescherming; hierna: „BDSG”) bepaalt dat er alleen daadwerkelijk toestemming wordt verleend wanneer deze berust op de vrije beslissing van de betrokkene. **[Or. 12]** De vierde volzin van deze bepaling schrijft voor dat wanneer de toestemming schriftelijk moet worden verleend tezamen met andere verklaringen, daarop in het bijzonder de nadruk moet worden gelegd. § 4a, lid 1, BDSG implementeert artikel 2, onder h), van richtlijn 95/46/EG [OMISSIS] [verwijzing naar nationale rechtspraak].

- 23 bb) Volgens de definitie in § 3, lid 1, BDSG, welke wet ingevolge § 12, lid 3, TMG moet worden toegepast bij de bepaling van de daarin gehanteerde maar niet gedefinieerde begrippen [OMISSIS] [verwijzing naar juridische literatuur], zijn persoonsgegevens individuele gegevens over de persoonlijke of zakelijke aangelegenheden van een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (betrokkene). Volgens de definitie in § 3, lid 3, BDSG betekent verzamelen het inwinnen van gegevens over de betrokkene. Ingevolge § 12, lid 1, TMG dient gebruik ruim te worden opgevat en omvat dit zowel het gebruik zelf als de verwerking van persoonsgegevens [OMISSIS] [verwijzing naar juridische literatuur]. De opvraging van persoonsgegevens met behulp van cookies die op de eindapparatuur van de gebruiker zijn geplaatst valt onder het verzamelen van gegevens in de zin van § 12, lid 1, TMG [OMISSIS] [verwijzing naar juridische literatuur].
- 24 cc) De opvraging van gegevens uit de door verweerster gebruikte cookies valt dan ook onder de toestemmingsvereiste van § 12, lid 1, TMG, aangezien het hier om persoonsgegevens gaat. Volgens de informatie die in het hier aanhangige geding is verstrekt door de verweerster bevatten de cookies een identificatienummer dat wordt toegekend aan de registratiegegevens van de gebruiker, die zijn naam en adres dient op te geven via het ter beschikking gestelde webformulier. Door de koppeling van het identificatienummer aan de door de gebruiker ingevoerde registratiegegevens, heeft de informatie over zijn internetgebruik die door de cookies wordt opgeslagen betrekking op zijn persoon [OMISSIS] [verwijzing naar juridische literatuur]. **[Or. 13]**
- 25 dd) In de rechtspraak van het Bundesgerichtshof is voor een daadwerkelijke toestemming krachtens § 4a, lid 1, BDSG tot nog toe niet als voorwaarde gesteld, dat de betrokkene deze afzonderlijk geeft (in de zin van een „opt-in”) door een bijkomende handtekening te plaatsen of een daarvoor voorzien selectievakje aan te kruisen om een positieve verklaring van instemming te geven [OMISSIS] [verwijzing naar nationale rechtspraak]. Wanneer een weigering van de toestemming tot uitdrukking moet worden gebracht door het aankruisen van een vakje [OMISSIS] [verwijzing naar nationale rechtspraak] of het schrappen van een toestemming [OMISSIS] [verwijzing naar nationale rechtspraak] wordt dit dan ook geacht verenigbaar te zijn met § 4a, lid 1, BDSG.

- 26 c) Voorts rijst de vraag of een toestemming die moet worden verleend zoals in het hier aanhangige geding een daadwerkelijke toestemming is in de zin van artikel 6, lid 1, onder a), van verordening (EU) 2016/679. Dienaangaande wordt prejudiciële vraag 1 c) gesteld.
- 27 aa) Ingevolge artikel 99, lid 2, is verordening (EU) 2016/679 van kracht met ingang van 25 mei 2018, zodat daarmee waarschijnlijk rekening zal moeten worden gehouden bij de beslechting van het hier aanhangige geding.
- 28 bb) Ingevolge artikel 6, lid 1, onder a), van de met ingang van 25 mei 2018 van kracht zijnde verordening (EU) 2016/679 is de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig wanneer de betrokkene zijn toestemming heeft gegeven voor een of meerdere welbepaalde doeleinden. Artikel 4, punt 11, van verordening (EU) 2016/679 definieert de „toestemming” van de betrokkene 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. **[Or. 14]**
- 29 In het hier aanhangige geding gaat het om de verwerking van persoonsgegevens in de zin van artikel 4, punten 1 en 2, van verordening (EU) 2016/679 (zie hierboven punt 23 [II 2 b bb]).
- 30 cc) Punt 32 van de considerans van verordening (EU) 2016/679 wijst erop dat de wetgever van de Europese Unie stilzwijgen, het gebruik van reeds aangekruiste vakjes of inactiviteit niet beschouwt als een afdoende instemming van de betrokkene met de verwerking van zijn persoonsgegevens. Punt 32 van de considerans luidt als volgt:
- „Toestemming dient te worden gegeven door middel van een duidelijke actieve handeling, bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring, ook met elektronische middelen, of een mondelinge verklaring, waaruit blijkt dat de betrokkene vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig met de verwerking van zijn persoonsgegevens instemt. Hiertoe zou kunnen behoren het klikken op een vakje bij een bezoek aan een internetwebsite, het selecteren van technische instellingen voor diensten van de informatiemaatschappij of een andere verklaring of een andere handeling waaruit in dit verband duidelijk blijkt dat de betrokkene instemt met de voorgestelde verwerking van zijn persoonsgegevens. Stilzwijgen, het gebruik van reeds aangekruiste vakjes of inactiviteit mag derhalve niet als toestemming gelden (...).”
- 31 3. Voorts is het sub I 3 gevorderde gegrond krachtens § 1 UKlaG, gelezen in samenhang met § 307, lid 1, BGB, wanneer de door de verweerster verstrekte informatie over het verzamelen en de benutting van persoonsgegevens niet voldoet aan de eisen uit artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG. Dienaangaande wordt prejudiciële vraag 2 gesteld.

- 32 a) Ingevolge § 13, lid 1, eerste volzin, TMG dient de aanbieder van diensten de gebruiker vooraf in algemeen begrijpelijke vorm in kennis te stellen van de wijze waarop zijn persoonsgegevens zullen worden verzameld, over de omvang van deze verzameling en over de doeleinden daarvan, tenzij dat eerder al is gebeurd. Volgens de tweede volzin van deze bepaling dient de gebruiker bij een geautomatiseerde procedure, die later de identificatie van de gebruiker mogelijk maakt en waarmee het verzamelen of gebruik van persoonsgegevens wordt voorbereid, bij het begin van deze procedure te worden geïnformeerd. Het plaatsen van **[Or. 15]** cookies op de eindapparatuur van de gebruiker is een dergelijke geautomatiseerde procedure [OMISSIS] [verwijzing naar juridische literatuur]. § 13, lid 1, eerste en tweede volzin, TMG moet worden uitgelegd in overeenstemming met richtlijn 2002/58/EG en in het bijzonder met artikel 5, lid 3, ervan, waarin het heet dat de opslag van informatie of het verkrijgen van toegang tot informatie die reeds is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker, alleen is toegestaan op voorwaarde dat de betrokken abonnee of gebruiker toestemming heeft verleend, na te zijn voorzien van duidelijke en volledige informatie overeenkomstig richtlijn 95/46/EG, onder meer over de doeleinden van de verwerking.
- 33 b) De omvang van de informatieplicht ex artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG moet worden verduidelijkt.
- 34 aa) Artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG heeft het over informatie die ingevolge richtlijn 95/46/EG door de gebruiker moet worden ontvangen, onder andere over het doel van de verwerking. Artikel 10, onder b) en c), van richtlijn 95/46/EG regelt de verplichte informatieverstrekking door de voor de verwerking van persoonsgegevens verantwoordelijke over de doeleinden van de verwerking en over verdere informatie, zoals de ontvangers of de categorieën ontvangers van de gegevens. In artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG wordt echter niet het begrip persoonsgegevens maar het begrip informatie gehanteerd. Derhalve rijst de vraag welke gegevens door de aanbieder van diensten aan de gebruiker moeten worden verstrekt in het kader van de duidelijke en volledige informatie waarvan sprake is in artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG.
- 35 bb) Verweerster heeft in een aan de verklaring van instemming gekoppelde elektronische link uitgelegd wat cookies zijn en heeft aangegeven dat het identificatienummer van de cookies wordt toegekend aan de registratiegegevens van de gebruiker, dat vervolgens het bezoek aan websites van de voor Remintrex geregistreerde reclamepartners zal worden geregistreerd, dat de door de cookies doorgespeelde informatie uitsluitend bedoeld is voor reclamedoeleinden, **[Or. 16]** dat er geen gebruikersprofielen over de reclamepartners heen zullen worden opgesteld, dat de reclamepartners geen persoonsgegevens ontvangen en dat de gebruiker de cookies te allen tijde weer kan wissen en hij zijn instemming steeds weer kan intrekken.
- 36 Verweerster heeft echter geen informatie verstrekt over de vraag of ook derden toegang hebben tot de cookies op de eindapparatuur van de gebruiker en hoelang

de cookies actief blijven, dus of deze alleen gedurende de huidige sessie actief zijn (zgn. sessiecookies) of ook nog langer en hoelang deze dan actief blijven. Ook dat zijn aangelegenheden die van belang zijn om de gebruiker naar behoren te informeren (zie Working Document 02/2013 van Article 29 Data Protection Working Party van 2 oktober 2013, 1676/13/EN, blz. 3; [OMISSIS] [verwijzing naar juridische literatuur]).

[OMISSIS] [namen van de rechters die bij de beslissing waren betrokken]

[OMISSIS] [verwijzing naar de beslissingen waartegen beroep is ingesteld]