Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. RICHARD DE LA TOUR
fremsat den 24. juni 2021 [1]

Sag C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
mod
eprimo GmbH
procesdeltager:
Interactive Media CCSP GmbH

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 2002/58/EF – behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor – reklameindslag, der vises i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste – artikel 2, stk. 2, litra h) – begrebet »elektronisk post« – artikel 13, stk. 1 – begrebet »anvendelse af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« – direktiv 2005/29/EF – urimelig handelspraksis – bilag I, nr. 26) – begrebet »vedholdende og uønskede henvendelser pr. e-mail««

I. Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 2, stk. 2, litra h), og artikel 13, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation) [2], som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009 [3] (herefter »direktiv 2002/58«), og af nr. 26) i bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) [4].

1 Originalsprog: fransk.
2 EFT 2002, L 201, s. 37.
3 EUT 2009, L 337, s. 11.
4 EUT 2005, L 149, s. 22.

2. Anmodningen er blevet indgivet under en tvist mellem selskaberne StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (herefter »StWL«) og eprimo GmbH, der begge leverer elektricitet til slutkunder, angående foreneligheden af nationale bestemmelser om illoyal konkurrence for så vidt angår et reklamefremstød, som Interactive Media CCSP GmbH (herefter »Interactive Media«) foretog efter anmodning fra eprimo, og som bestod i visning af reklameindslag i indbakken tilhørende brugere af den gratis e-mailtjeneste »T-Online«.

3. Det er vanskeligt at kvalificere den reklameteknik, som tvisten i hovedsagen angår, for det første fordi den adskiller sig fra den tekniske model for e-mails, og for det andet fordi den ud fra modtagerens synspunkt til forveksling ligner uønskede e-mails (spam), der er det primære fokus for beskyttelsesformålet med bl.a. artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58.

4. I dette forslag til afgørelse vil jeg for det første foreslå Domstolen at fastslå, at artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal fortolkes således, at »anvendelse af […] elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« i denne bestemmelses forstand omfatter visning af reklameindslag i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, der er udformet således, at de fremtræder som e-mails og er placeret samme sted som disse, idet den tilfældige udvælgelse af modtagerne af de nævnte meddelelser er uden betydning i denne henseende, og uden at det er fornødent at fastslå, om byrden for denne bruger er mere vidtgående end en gene. Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om den nævnte bruger som minimum frivilligt har givet et specifikt og informeret samtykke, inden sådanne reklameindslag vises i indbakken tilhørende dennes e-mailkonto.

5. Jeg vil dernæst foreslå Domstolen at fastslå, at begrebet »vedholdende og uønskede henvendelser […] pr. e-mail« som omhandlet i nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at det må antages at omfatte den i tvisten i hovedsagen omhandlede adfærd, som består i visning af reklameindslag i en indbakke tilhørende brugeren af en e-mailtjeneste, der er udformet således, at de fremtræder som e-mails og er placeret samme sted som disse. Det påhviler imidlertid den forelæggende ret at efterprøve dels, om visningen af disse reklameindslag har en så tilstrækkelig hyppig og regelmæssig karakter, at den kan kvalificeres som »vedholdende«, og dels, om visningen af de nævnte indslag kan anses for »uønsket« under hensyntagen til, om denne bruger forudgående har givet samtykke til denne visning eller ej, samt om den nævnte bruger har gjort indsigelse mod denne form for reklame.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2002/58

6. 4. og 40. betragtning til direktiv 2002/58 har følgende ordlyd:

»(4) I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15. december 1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren [5] omsættes principperne i [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri

5 EFT 1998, L 24, s. 1.

udveksling af sådanne oplysninger] [6] til særregler for telesektoren. Direktiv [97/66] bør tilpasses markedsudviklingen og den teknologiske udvikling inden for elektroniske kommunikationstjenester for at sikre, at brugere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester sikres den samme beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred, uanset hvilken teknologi tjenesterne baserer sig på. Direktivet bør derfor ophæves og erstattes af dette direktiv.

[…]

(40) Der bør træffes foranstaltninger, der sikrer abonnenterne mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål, især ved hjælp af automatiserede opkaldsmaskiner, telefaxer og elektronisk post, herunder SMS-meddelelser. Disse former for uanmodet kommerciel kommunikation kan på den ene side være forholdsvis billige og lette at sende og på den anden side medføre en byrde og/eller udgift for modtageren. Desuden kan deres omfang i nogle tilfælde også medføre vanskeligheder for elektroniske kommunikationsnet og terminaludstyr. Det er for sådanne former for uanmodet kommunikation med henblik på direkte markedsføring berettiget at kræve, at der opnås et forudgående udtrykkeligt samtykke fra modtagerne, før sådan kommunikation sendes til dem. Det indre marked kræver en harmoniseret politik for at sikre enkle regler for virksomheder og brugere, der dækker hele [EU].«

7. Artikel 2 i direktiv 2002/58, der bærer overskriften »Definitioner«, fastsætter:

»Medmindre andet angives, gælder i dette direktiv de definitioner, der er fastsat i [direktiv 95/46] og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) [7].

Følgende definitioner anvendes også:

[…]

d) »kommunikation«: oplysninger, som udveksles eller overføres mellem et begrænset antal parter via en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste. Dette omfatter ikke oplysninger, der overføres som del af en radio- og fjernsynstransmissionstjeneste til offentligheden via et elektronisk kommunikationsnet, medmindre oplysningerne kan kædes sammen med en identificerbar abonnent eller bruger, der modtager oplysningerne

[…]

f) »samtykke«: givet af bruger eller abonnent svarer til den registreredes samtykke i direktiv [95/46 [8]]

6 EFT 1995, L 281, s. 31.

7 EFT 2002, L 108, s. 33.

8 Ifølge artikel 2, litra h), i direktiv 95/46 forstås ved »den registreredes samtykke« »enhver frivillig, specifik og informeret viljetilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling«. Dette direktiv blev ophævet med virkning fra den 25.5.2018 ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27.4.2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) (EUT 2016, L 119, s. 1), der i artikel 4, nr. 11), definerer »samtykke« fra den registrerede som »enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling«. Det fremgår af stk. 2 i denne forordnings artikel 94, der bærer overskriften »Ophævelse af direktiv [95/46]«, at »[h]envisninger til det ophævede direktiv gælder som henvisninger til denne forordning«.

[…]

h) »elektronisk post«: enhver meddelelse i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede, som sendes via et offentligt kommunikationsnet, og som kan lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr, indtil meddelelsen hentes af modtageren.

[…]«

8. Artikel 13 i direktiv 2002/58, der bærer overskriften »Uanmodet kommunikation«, bestemmer:

»1. Anvendelse af automatiserede opkaldsanordninger og kommunikationssystemer uden menneskelige indgreb (automatisk opkaldsmaskine), telefaxapparater (fax) eller elektronisk post med henblik på direkte markedsføring kan kun tillades over for abonnenter eller brugere, som forudgående har givet deres samtykke hertil.

2. Uanset stk. 1 kan en fysisk eller juridisk person, hvis denne fra sine kunder modtager deres egne elektroniske adresseoplysninger vedrørende elektronisk post i forbindelse med salg af et produkt eller en tjenesteydelse i overensstemmelse med direktiv [95/46], anvende disse elektroniske adresseoplysninger til direkte markedsføring af sine egne tilsvarende produkter eller tjenesteydelser, såfremt kunderne klart og utvetydigt har mulighed for let og gebyrfrit, at afvise en sådan anvendelse af de elektroniske adresseoplysninger, når de indsamles, og ved hver meddelelse, såfremt kunden ikke fra begyndelsen afviste denne anvendelse.

3. Medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger for at sikre, at uanmodet kommunikation, hvis formål er direkte markedsføring i andre tilfælde end dem, der er nævnt i stk. 1 og 2, ikke er tilladt, enten i forhold til abonnenter eller brugere, som ikke har givet deres samtykke til at modtage sådan kommunikation, eller i forhold til abonnenter eller brugere, som har frabedt sig at modtage sådan kommunikation. Det afgøres i national lovgivning, hvilken af de to muligheder der skal gælde under hensyntagen til, at begge muligheder skal være gebyrfrie for abonnenten eller brugeren.

4. Udsendelse af elektronisk post som led i direkte markedsføring, hvorved identiteten af den afsender, på hvis vegne meddelelsen sendes, tilsløres eller holdes skjult, eller i strid med artikel 6 i [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (direktivet om elektronisk handel)[9]] eller uden en adresse, som modtageren kan henvende sig til for at få standset sådanne henvendelser, eller hvorved modtageren opfordres til at besøge websteder, der er i strid med nævnte artikel, er under alle omstændigheder forbudt.

[…]«

[9] EFT 2000, L 178, s. 1.

2. Direktiv 2005/29

9. Følgende fremgår af 17. betragtning til direktiv 2005/29:

»Med henblik på at sikre yderligere retssikkerhed er det ønskeligt at få præciseret, hvilke former for handelspraksis der under alle omstændigheder anses for urimelige. Bilag I indeholder derfor en fuldstændig liste over alle disse former for praksis. Disse former for handelspraksis er de eneste, der kan anses for urimelige, uden først i hvert enkelt tilfælde at være blevet vurderet i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9. Listen kan kun ændres ved en revision af direktivet.«

10. Artikel 5 i direktiv 2005/29 bestemmer:

»1. Urimelig handelspraksis forbydes.

2. En handelspraksis er urimelig, hvis:

a) den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt

og

b) væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren, som bliver genstand for den, eller som den er rettet mod, eller, hvis den pågældende handelspraksis rettes mod en særlig gruppe af forbrugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe.

[…]

4. En handelspraksis er i særdeleshed urimelig, hvis den er

a) vildledende, jf. artikel 6 og 7,

eller

b) aggressiv, jf. artikel 8 og 9.

5. I bilag I findes fortegnelsen over de former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige. Den samme fortegnelse skal anvendes i alle medlemsstater og må kun ændres ved en revision af dette direktiv.«

11. Artikel 8 i direktiv 2005/29 fastsætter:

»En handelspraksis betragtes som aggressiv, hvis den i sin faktuelle sammenhæng, idet der tages hensyn til alle elementer og betingelser, ved chikane, tvang, herunder fysisk vold, eller utilbørlig påvirkning i væsentlig grad indskrænker eller kan forventes væsentligt at indskrænke gennemsnitsforbrugerens valgfrihed eller adfærd i forbindelse med produktet, og derved foranlediger ham til eller kan forventes at foranledige ham til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet.«

12. Bilag I til dette direktiv indeholder en liste over »[f]ormer for handelspraksis, som under alle omstændigheder anses som urimelige«. Ifølge nr. 26) foreligger der »[a]ggressiv handelspraksis«, såfremt »[d]er foretages vedholdende og uønskede henvendelser pr. telefon, telefax, e-mail eller

andre fjernkommunikationsmedier, idet der dog gælder en undtagelse for henvendelser med henblik på at håndhæve en kontraktlig forpligtelse under omstændigheder og i et omfang, der er er berettiget i henhold til national lovgivning. Dette berører ikke […] direktiv [95/46] eller direktiv [2002/58]«.

B. Tysk ret

13. § 3, stk. 1 og 2, i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lov om illoyal konkurrence)[10] af 3. juli 2004 bestemmer i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen:

»(1) Illoyal handelspraksis er ulovlig.

(2) Handelspraksis, der er rettet til forbrugerne eller berører disse, er urimelig, såfremt den ikke er i overensstemmelse med den diligenspligt, som erhvervsdrivende skal udvise, og såfremt den må antages at påvirke forbrugerens økonomiske adfærd væsentligt.«

14. UWG's § 5a, stk. 6, foreskriver:

»Den, der undlader at angive den egentlige kommercielle hensigt med sin praksis, såfremt denne ikke allerede fremgår af sammenhængen, og den manglende oplysning må antages at foranledige forbrugeren til at træffe en transaktionsbeslutning, som denne ellers ikke ville have truffet […] gør sig skyldig i illoyal konkurrence.«

15. UWG's § 7, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

»(1) Handelspraksis, der medfører en urimelig gene for en markedsaktør, er ulovlig. Dette er navnlig tilfældet for så vidt angår reklamefremstød, som foretages, uanset at det er åbenbart, at den pågældende markedsaktør ikke ønsker disse.

(2) Der formodes altid at foreligge en urimelig gene, såfremt:

1. reklamefremstødet indebærer anvendelse af et kommercielt kommunikationsmiddel, som er egnet til fjernsalg, og som ikke er nævnt i denne bestemmelses nr. 2 og 3, idet der vedholdende rettes henvendelse til forbrugeren, uanset at det er åbenbart, at den pågældende ikke ønsker dette

[…]

3. reklame, der anvender automatiske opkald, telefaxer eller elektronisk post, uden at modtageren udtrykkeligt har givet forudgående samtykke hertil, eller

4. reklame, der er udformet som en henvendelse,

   a) der tilslører eller skjuler identiteten af den afsender, på hvis vegne meddelelsen sendes […]

   […]«

[10] BGBl. 2004 I, s. 1414, herefter »UWG«.

16. UWG's § 8 bestemmer:

»(1) Den, der gør sig skyldig i ulovlig handelspraksis som omhandlet i § 3 eller § 7, kan meddeles påbud om at ophøre med den retsstridige handling og kan, såfremt der er risiko for gentagelse, meddeles forbud mod denne. Der kan meddeles forbud, allerede såfremt der er risiko for en praksis i strid med § 3 eller § 7.

(2) Såfremt den ulovlige praksis foretages af en ansat i eller en repræsentant for virksomheden, kan virksomhedsejeren ligeledes meddeles forbud for så vidt angår den retsstridige handling eller påbydes at ophøre med denne.

(3) De i stk. 1 omhandlede begæringer kan fremsættes af:

1. konkurrenter

[…]«

III. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

17. StWL og eprimo er to konkurrerende leverandører af elektricitet. På anmodning fra eprimo sendte reklamebureauet Interactive Media reklameindslag til e-mailpostkasser tilhørende brugere af T-Online, der er en gratis e-mailtjeneste.

18. Reklameindslagene, der annoncerede med »større besparelser« med eprimo, blev vist i en privat elektronisk postboks tilhørende en bruger af T-Online, nærmere bestemt i dennes indbakke, dvs. det felt, der indeholder en liste over modtagne e-mails, idet den blev placeret blandt de modtagne e-mails. Til forskel fra disse e-mails fremstod reklamen, der var forsynet med bemærkningen »annonce«, gråskraveret, indeholdt hverken dato eller afsender, kunne hverken arkiveres eller videresendes, og det var heller ikke muligt at besvare den ved hjælp af de muligheder, som udbyderen af e-mailtjenesten tilbyder for behandling af e-mails. Den blev heller ikke medregnet i antallet af ulæste e-mails og optog ikke lagerplads i indbakken. Den pågældende bruger fremsendte et påkrav til eprimo den 20. december 2016 vedrørende en reklame af 12. december 2016 og har således over for eprimo udtrykkeligt tilkendegivet, at han ikke ønsker at modtage sådanne reklamer. Reklamer af samme type blev ikke desto mindre vist i hans indbakke den 13. og 15. januar 2017.

19. De reklameindslag, som tvisten i hovedsagen angår, vises i indbakken tilhørende tilfældigt udvalgte brugere af e-mailtjenesten. Ved åbning af den tilsvarende e-mailkontos internetside sendes en anmodning (AdRequest) til adserveren, der derefter sender de tilsvarende parametre til brugerens internetbrowser, således at der i denne kontos indbakke vises et reklamebanner, som er udvalgt efter et tilfældighedsprincip. Såfremt brugeren klikker på den viste reklame, videresendes indlæsningen til adserveren, der protokollerer klikket og omdirigerer browseren til annoncørens websted.

20. StWL anlagde sag for Landgericht Nürnberg-Fürth (den regionale ret i første instans i Nürnberg-Fürth, Tyskland), der fandt, at denne reklamemetode var i strid med konkurrenceretten, idet den udgjorde en urimelig gene, var vildledende og pålagde eprimo at ophøre med erhvervsmæssigt og i konkurrenceøjemed at bringe reklamer på T-Onlines e-mailkonti i forbindelse med distribution af elektricitet til endelige forbrugere.

21. Oberlandesgericht Nürnberg (den regionale appeldomstol i Nürnberg, Tyskland) gav eprimo medhold i den iværksatte appel, idet retten fandt, at den anfægtede placering af reklamen i indbakken hos en bruger af en e-mailtjeneste ikke udgjorde ulovlig handelspraksis ud fra en konkurrenceretlig betragtning.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (den regionale appeldomstol i Nürnberg) fastslog for det første, at den omhandlede reklame ikke udgjorde en urimelig gene ved anvendelse af e-mails som omhandlet i UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, idet reklamen ikke kunne betragtes som elektronisk post i denne bestemmelses forstand. Under alle omstændigheder påførte den omhandlede reklame ikke brugeren af e-mailtjenesten byrder eller omkostninger, som var mere omfattende end den »sædvanlige« ulempe som følge af reklamer, og indebar følgelig ikke en urimelig gene som omhandlet i den generelle regel i UWG's § 7, stk. 1, første punktum, navnlig i betragtning af at der var tale om en gratis e-mailtjeneste.

23. Appelinstansen konkluderede for det andet, at den omhandlede reklame ikke var ulovlig i medfør af UWG's § 7, stk. 2, nr. 4, litra a), idet der ikke var tale om en reklame i form af meddelelser. UWG's § 7, stk. 2, nr. 1, var heller ikke anvendelig, idet den forudsætter en »henvendelse«, forstået som en adfærd, der er generende for forbrugeren, hvilket ikke var tilfældet i den foreliggende sag. Endelig kunne de pågældende annoncer ikke anses for illoyale med henvisning til, at de var vildledende i den forstand, hvori dette begreb anvendes i UWG's § 5a, stk. 6, idet de ikke lagde skjul på deres reklamemæssige karakter.

24. StWL iværksatte revisionsappel ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland), der finder, at besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt der findes en ret til at få den omhandlede praksis bragt til ophør, afhænger af fortolkningen af artikel 2, andet afsnit, litra d) og h), og artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29 samt af begreberne »elektronisk post«, »anvendelse« og »henvendelse«.

25. Ifølge den forelæggende ret kan den adfærd, som bebrejdes eprimo, således være ulovlig i henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, der gennemfører artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58. Retten har anført, at det ligeledes er tænkeligt, at reklamen er ulovlig i henhold til UWG's § 7, stk. 2, nr. 1, der gennemfører nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29.

26. For så vidt angår det led, der vedrører UWG's § 7, stk. 2, nr. 3, der gennemfører artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, anmoder den forelæggende ret for det første Domstolen om at afklare de heri nævnte begreber »elektronisk post« og »anvendelse« med henblik på direkte markedsføring.

27. Ved afgørelsen af, om den omhandlede reklame er omfattet af begrebet »elektronisk post«, har den forelæggende ret for det første fastslået, at meddelelsen – der blev overført i realtid af adserverens operatør til e-mailkontoens indbakke, efter at brugeren havde åbnet kontoens internetside ved at logge sig ind – blev vist på denne, hvor den kunne læses af brugeren, er »kommunikation« i den forstand, hvori dette begreb anvendes i artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2002/58. Retten finder for det andet, at det bør efterprøves, om et reklameindslag som det i tvisten i hovedsagen omhandlede kan kvalificeres som »elektronisk post« som omhandlet i dette direktivs artikel 2, stk. 2, litra h).

28. Retten nærer i denne forbindelse tvivl om kriteriet i denne bestemmelse for så vidt angår fremsendelse af meddelelsen. Reklamen i indbakken er således ikke blevet fremsendt af brugeren af en elektronisk kommunikationstjeneste til en anden bruger, men vises efter åbning af

e-mailkontoen af adservere i bestemte, hertil beregnede felter i indbakken tilhørende en bruger, som udvælges efter et tilfældighedsprincip. Ved anvendelse af kriterierne for en traditionel e-mail er meddelelsen følgelig ikke blevet »sendt«, således at den reklame, der vises i denne indbakke, ikke kan kvalificeres som »elektronisk post«. Den forelæggende ret ønsker imidlertid oplyst, om formålet om beskyttelse af brugerens privatliv, der fremgår af 40. betragtning til og artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, ikke kan antages at støtte en funktionel – modsat en teknisk – forståelse af definitionen »sendes«. Dette formål ville kunne begrunde, at begrebet »sendes« ikke skal fortolkes på grundlag af de traditionelle former for elektronisk kommunikation, nemlig som afsendelse fra en given bruger til en anden på forhånd udvalgt bruger, men funktionelt i betydningen udbredelse.

29. Den forelæggende ret nærer i øvrigt tvivl med hensyn til definitionen af begrebet »hentning« i artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58. Retten har anført, at det kunne følge af denne bestemmelse, sammenholdt med 27. betragtning til samme direktiv[11], at hentning af meddelelsen forudsætter en bevidst adfærd fra modtagerens side, idet denne ved åbning af e-mailkontoen tilkendegiver at have ønske om, at hans e-mails, der er lagret på e-mailtjenestens server, vises og overføres til ham, mens brugeren, for så vidt angår den omhandlede reklame, der lagres på en adserver og kontrolleres af det formidlende selskab, blot skal åbne e-mailtjenesten, for at reklamebanneret vises i realtid, uden at internetbrugeren bliver opmærksom på denne proces og ved en viljestilkendegivelse kan tage stilling til, om det skal vises eller ej. Den hentning, der er nævnt i artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58, forudsætter kort sagt en handling fra brugerens side med henblik på overførsel af en meddelelse, normalt fra tjenesteudbyderens server. Efter den forelæggende rets opfattelse kræver artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 imidlertid, at brugeren skal beskyttes mod uanmodede reklameindslag, og antager følgelig, at åbning af e-mailkontoen på internettet må betragtes som tilstrækkeligt som en endelig hentningshandling.

30. Den forelæggende ret har endvidere anført, at den omtvistede reklame, inden den som følge af indlogningen blev placeret i indbakken, havde været lagret på en adserver og følgelig på nettet. Ifølge den forelæggende ret kan det ikke udledes af 27. betragtning til direktiv 2002/58, at elektronisk post kun omfatter meddelelser, der lagres på tjeneudbyderens egen server.

31. Den forelæggende ret rejser ligeledes spørgsmål om, hvorvidt der er tale om »elektronisk post« som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, når en meddelelse ikke overføres til en individuel modtager, der konkret er fastlagt allerede inden transmissionen, men, som det er tilfældet i hovedsagen, vises ud fra et tilfældighedsprincip. Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at den omtvistede reklame blev vist ud fra et tilfældighedsprincip til kunder hos den gratis e-mailtjeneste, uden at en forudgående kommunikation vedrørende kundens samtykke havde været mulig. Retten finder imidlertid, at det ikke af kravet om forudgående samtykke i denne bestemmelse kan udledes, at samtlige former for direkte markedsføring over kommunikationsnet er tilladt, såfremt der ikke kan indhentes samtykke fra brugerne af e-mailtjenesten, inden en reklame vises, og såfremt dette skyldes den tekniske fremgangsmåde, som annoncøren benytter.

[11] Det fremgår af denne betragtning, at »[d]et nøjagtige tidspunkt for afslutningen på transmissionen af kommunikationen, hvorefter trafikdata bør slettes undtagen i debiteringsøjemed, kan afhænge af, hvilken type elektronisk kommunikationstjeneste der leveres. Ved f.eks. […] elektronisk post er transmissionen afsluttet, så snart modtageren har hentet meddelelsen, typisk fra tjenesteudbyderens server«.

32. Den forelæggende ret finder endvidere, at begrebet »anvendelse« af elektronisk post som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 bør defineres, og nærer tvivl om, hvorvidt dette begreb forudsætter, at den »byrde« [12], den medfører for brugeren, skal være mere omfattende end en gene for denne. I denne forbindelse har retten anført, at den omhandlede reklame fremtrådte som en e-mail, og at den, da den følgelig var mere iøjnefaldende end en reklame, der vises uden for indbakken, medfører en større gene end en reklame i indbakkens billedkant, og at formålet om at beskytte brugerens privatliv ikke er opfyldt under disse betingelser.

33. Den forelæggende ret finder dernæst for så vidt angår det led, der vedrører UWG's § 7, stk. 2, nr. 1, der gennemfører nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29, at kriterierne for »henvendelse« i denne bestemmelses forstand bør præciseres. Ifølge den forelæggende ret er det udelukket, at der er tale om en henvendelse, når denne er rettet til offentligheden. Retten antager derimod, at der er tale om en reklame, der målrettet tilstilles en individuel kunde. I denne henseende ønsker retten oplyst, om det er en forudsætning for, at der foreligger en målrettet individuel reklame, der opfylder kriterierne for en henvendelse, at en kunde kontaktes individuelt ved hjælp af et traditionelt kommunikationsmiddel mellem en afsender og en modtager, såsom telefon, telefax eller elektronisk post, eller om det er tilstrækkeligt, at der som i den foreliggende sag etableres forbindelse til en bruger, idet reklamen vises i indbakken tilhørende dennes e-mailkonto, dvs. i et felt, hvor den pågældende forventer at modtage meddelelser, som individuelt er rettet til ham.

34. For så vidt som den reklame, der vises i denne indbakke medfører en større gene for brugeren end den, der skyldes traditionelle reklamebannere, der – idet de vises i felter på en internetside, der normalt tjener dette formål – ikke udviser samme individuelle karakter, antager den forelæggende ret, at det er sandsynligt, at dette ligeledes anfægter det beskyttelsesformål, der tilgodeses med nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29.

35. Den forelæggende ret finder i øvrigt, at de øvrige betingelser for den praksis, der er forbudt i henhold til denne bestemmelse, er opfyldt. Retten har i denne henseende anført, at der i alt tre gange er blevet rettet henvendelse til brugeren af den elektroniske posttjeneste, dvs. gentagne gange, og følgelig vedholdende, ved hjælp af den reklame, der blev vist i indbakken tilhørende hans e-mailkonto. En sådan reklame var uønsket, for så vidt som denne bruger udtrykkeligt havde meddelt eprimo, at han ikke ønskede at modtage reklameindslag som de i tvisten i hovedsagen omhandlede.

36. Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er begrebet »sendes« som omhandlet i artikel 2, [stk. 2], litra h), i direktiv [2002/58] opfyldt, når en meddelelse ikke sendes fra en bruger af en elektronisk kommunikationstjeneste til en anden bruger gennem en tjenesteudbyder til den anden brugers elektroniske »adresse«, men som følge af åbning af en kodeordsbeskyttet internetside for en e-mailkonto automatisk vises af adservere på bestemte, hertil beregnede felter i e-mail-indbakken tilhørende en bruger, som udvælges efter et tilfældighedsprincip (indbakkereklame)?

[12] Jf. 40. betragtning til direktiv 2002/58.

2) Forudsætter hentning af en meddelelse som omhandlet i artikel 2, [stk. 2], litra h), i direktiv [2002/58], at modtageren, efter at have opnået kendskab til, at der foreligger en meddelelse, gennem en bevidst hentningskommando udløser en programteknisk indstillet overføring af meddelelsesdata, eller er det tilstrækkeligt, hvis meddelelsens visning i en e-mailkontos indbakke udløses ved, at brugeren åbner den kodeordsbeskyttede internetside for sin e-mailkonto?

3) Foreligger der også elektronisk post som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv [2002/58], når en meddelelse ikke sendes til en konkret individuel modtager, som er fastlagt allerede før overføringen, men vises i indbakken tilhørende en bruger, som er udvalgt ud fra et tilfældighedsprincip?

4) Foreligger der kun anvendelse af elektronisk post til direkte markedsføring som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv [2002/58], når der konstateres en byrde for brugeren, som er mere vidtgående end en gene?

5) Foreligger der kun individuel markedsføring, som opfylder kriterierne for en »henvendelse« som omhandlet i nr. 26), første punktum, i bilag I til direktiv [2005/29], hvis en kunde kontaktes ved hjælp af et medium, der normalt anvendes til individuel kommunikation mellem en afsender og en modtager, eller er det tilstrækkeligt, hvis – som det er tilfældet for den markedsføring, der er genstanden for hovedsagen – en individuel relation etableres ved, at reklamen vises i indbakken for en privat e-mailkonto og dermed i et område, hvor kunden forventer meddelelser, der er rettet individuelt til ham?«

37. Interactive Media, eprimo, den portugisiske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. StWL, Interactive Media, eprimo og Kommissionen har besvaret de af Domstolen til skriftlig besvarelse stillede spørgsmål inden for den fastsatte frist.

IV. Bedømmelse

38. Med nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse anmodes Domstolen om at tage stilling til, om og i givet fald under hvilke betingelser en praksis, hvorved reklameindslag vises i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, som stilles gratis til rådighed for denne bruger, og som finansieres af reklamer, som annoncørerne betaler, kan anses for forenelige med de relevante bestemmelser i direktiv 2002/58 og direktiv 2005/29.

39. Som det fremgår af nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29, finder forbuddet mod at foretage »vedholdende og uønskede henvendelser pr. telefon, telefax, e-mail eller andre fjernkommunikationsmedier, idet der dog gælder en undtagelse for henvendelser med henblik på at håndhæve en kontraktlig forpligtelse under omstændigheder og i et omfang, der er er berettiget i henhold til national lovgivning«, anvendelse uanset bestemmelserne i bl.a. direktiv 2002/58. I overensstemmelse med den forelæggende rets anmodning til Domstolen vil jeg således successivt behandle spørgsmålene vedrørende fortolkningen dels af direktiv 2002/58, dels af direktiv 2005/29.

A. Fortolkningen af de relevante bestemmelser i direktiv 2002/58

40. Med sit *første og andet spørgsmål* anmoder den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolen om at fastslå, hvorvidt de kriterier, der giver mulighed for at definere »elektronisk post« som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58, er opfyldt, såfremt et reklameindslag vises i indbakken tilhørende brugerens e-mailkonto. Retten ønsker nærmere bestemt oplyst, hvorvidt en meddelelse kan anses for at være »sendt« i denne bestemmelses forstand, når den ikke overføres af denne bruger til en anden bruger ved hjælp af en tjenesteudbyder til denne anden brugers e-mailadresse, men vises automatisk, efter at internetsiden for en beskyttet e-mailkonto er blevet åbnet, i indbakken tilhørende en bruger, der er udvalgt efter et tilfældighedsprincip. Den forelæggende ret ønsker ligeledes oplyst, om det er en betingelse for, at en meddelelse kan anses for at være blevet »hentet« som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58, at modtageren bevidst udløser overførslen af de omhandlede meddelelsesdata, eller om det er tilstrækkeligt, at denne meddelelse vises i indbakken efter åbning af den beskyttede e-mailkontos internetside.

41. Med sit *tredje og fjerde spørgsmål* anmoder den forelæggende ret om en fortolkning af begrebet »[a]nvendelse af […] elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58. Med sit tredje spørgsmål ønsker retten nærmere bestemt oplyst, om der er tale om »elektronisk post« i denne bestemmelses forstand, når en meddelelse ikke sendes til en modtager, som er blevet individuelt udpeget allerede før overførslen, men placeres i indbakken tilhørende en bruger, som er udvalgt ud fra et tilfældighedsprincip. Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om der alene er tale om »[a]nvendelse af […] elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, når der konstateres en byrde for brugeren, som er mere vidtgående end en gene.

42. Elektronisk post defineres i artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58 som »enhver meddelelse i form af tekst, stemmegengivelse, lyd eller billede«. Dette led af definitionen er ikke omdiskuteret under den foreliggende sag og er utvivlsomt opfyldt for så vidt angår et reklameindslag som det i tvisten i hovedsagen omhandlede.

43. Når dette er sagt, skal tre andre kriterier være opfyldt, for at en meddelelse kan kvalificeres som »elektronisk post« i denne bestemmelses forstand. For det første skal meddelelsen »sendes via et offentligt kommunikationsnet«. For det andet skal denne meddelelse kunne »lagres i nettet eller i modtagerens terminaludstyr«. For det tredje skal den nævnte meddelelse kunne hentes af modtageren.

44. Der er to modstridende opfattelser af spørgsmålet om, hvorvidt et reklameindslag som det i hovedsagen omhandlede helt eller delvist opfylder disse tre kriterier.

45. Ifølge eprimo og Interactive Medio, som afviser, at et reklameindslag, der vises ud fra et tilfældighedsprincip i e-mailkontos indbakke, kan kvalificeres som »elektronisk post«, da den ikke kan anses som sendt, lagret og hentet, således som det kræves i henhold til artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58. De argumenter, der er blevet fremført til støtte for denne opfattelse, bygger på ideen om, at en sådan meddelelse ikke har de særlige kendetegn, der karakteriserer en traditionel e-mail. For det første sendes den ikke af en bruger til en anden, men vises midlertidigt og automatisk i indbakken hos tilfældigt udvalgte brugere. For det andet lagres et reklameindslag

som det i hovedsagen omhandlede ikke i nettet eller i modtagerens terminaludstyr. For det tredje hentes denne meddelelse ikke af modtageren, fordi dette forudsætter en bevidst adfærd fra modtagerens side, der tager sigte på at få kendskab til en specifik meddelelse ved at vælge denne.

46. Den opfattelse, der støtter, at et reklameindslag som det i hovedsagen omhandlede kvalificeres som »elektronisk post«, hvilket støttes af den forelæggende ret og til dels af den portugisiske regering, bygger ifølge retten på nødvendigheden af at lægge en funktionel fortolkning af begrebet »elektronisk post« til grund for at tilgodese formålet om beskyttelse af privatlivet for brugere af e-mailtjenester. En sådan fortolkning bevirker, at de enkelte kriterier vedrørende dette begreb skal vurderes fleksibelt. Et reklameindslag, der sendes til og vises i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, bør, uanset den anvendte teknologi, betragtes således, at den »sendes via et offentligt kommunikationsnet« som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58. Den omstændighed, at denne meddelelse lagres på en adserver, og ikke i modtagerens terminaludstyr, er tilstrækkelig, idet det må antages, at der er tale om en lagring »i nettet« i samme bestemmelses forstand. En sådan meddelelse, der vises ved åbning af e-mailkontoens internetside, må endvidere antages at være blevet hentet, således som den nævnte bestemmelse kræver. For så vidt angår sidstnævnte punkt er den portugisiske regerings opfattelse mere nuanceret, idet denne finder, at et reklameindslag, der vises i en sådan kontos indbakke, ikke kan antages at være blevet hentet af modtageren. For så vidt som denne meddelelse imidlertid fortsat er lagret i nettet, er dette tilstrækkeligt til at kvalificere den som »elektronisk post« som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58.

47. Henset til de, ofte tekniske, argumenter, der påberåbes til støtte for hver af disse to opfattelser, er jeg imødekommende over for den forelæggende rets argumentation, for så vidt som en funktionel fortolkning af begrebet »elektronisk post« kan føre til, at et reklameindslag som det i hovedsagen omhandlede antages at opfylde kriterierne i artikel 2, stk. 2, litra h), i direktiv 2002/58.

48. Det er under alle omstændigheder min opfattelse, at dette begreb ikke skal fortolkes isoleret, men under hensyn til den bestemmelse, hvori det anvendes, nemlig konkret artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58. Jeg er for så vidt enig med StWL og Kommissionen i, at det begreb, hvis fortolkning er relevant for den foreliggende sag, er begrebet »[a]nvendelse af […] elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« i denne bestemmelses forstand. Jeg vil derfor koncentrere min bedømmelse om fortolkningen af den nævnte bestemmelse under hensyntagen til dennes ordlyd, formål og nødvendigheden af at sikre dens effektive virkning.

49. Jeg henviser i denne forbindelse til, at artikel 13 i direktiv 2002/58 bærer overskriften »Uanmodet kommunikation«. I betragtning af definitionen af begrebet »kommunikation« i direktivets artikel 2, stk. 2, litra d), finder det nævnte direktivs artikel 13 anvendelse på »oplysninger, som udveksles eller overføres mellem et begrænset antal parter via en offentligt tilgængelig elektronisk kommunikationstjeneste«.

50. Såfremt en kommunikation er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, er den lovlig på betingelse af, at der forudgående er blevet indhentet samtykke fra dens modtager. Det følger af artikel 2, stk. 2, litra f), i direktiv 2002/58, sammenholdt med artikel 94, stk. 2, i forordning 2016/679, at dette samtykke skal opfylde de krav, der fremgår af artikel 2, litra h), i direktiv 95/46 eller af forordningens artikel 4, nr. 11), afhængig af hvilken af disse to bestemmelser der ratione temporis finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen. For så vidt angår et påbud om at bringe en retsstridig handelspraksis til ophør er det ikke udelukket, såfremt det antages, at den af StWL anlagte sag har til formål at bringe eprimos adfærd til ophør for fremtiden, at forordning 2016/679 ratione temporis finder anvendelse på

tvisten i hovedsagen, uanset at de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten, indtrådte inden den 25. maj 2018, der er ikrafttrædelsesdatoen for denne forordning, idet direktiv 95/46 blev ophævet med virkning fra samme dato [13]. Det fremgår heraf, at der som minimum skal være tale om en frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse [14].

51. Artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 præciserer de former for kommunikation, som er omfattet af kravet om forudgående samtykke fra modtageren. Der er på den ene side tale om kommunikation med henblik på direkte markedsføring, dvs. kommunikation med et kommercielt formål, som rettes direkte og individuelt til brugerne af elektroniske kommunikationstjenester. På den anden side skal disse kommunikationer komme frem til sidstnævnte ved »[a]nvendelse af automatiserede opkaldsanordninger uden menneskelige indgreb (automatisk opkaldsmaskine), telefaxapparater (fax) eller elektronisk post«.

52. Artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 kan derfor ikke anvendes generelt på reklamevinduer, der eventuelt vises, når der foretages søgninger på internettet. Denne bestemmelse vedrører udelukkende kommunikation med henblik på direkte markedsføring, som sendes til modtagerne direkte og individuelt ved hjælp af visse elektroniske kommunikationsmidler, f.eks. elektronisk post [15].

53. Den nuværende affattelse af artikel 13 i direktiv 2002/58 udspringer af direktiv 2009/136, ifølge hvis 67. betragtning »[f]oranstaltninger, der sikrer abonnenterne mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål ved hjælp af elektronisk post, *bør også omfatte sms, mms og andre lignende applikationer*« [16]. EU-lovgiver har således ønsket at anlægge en vid forståelse af begrebet elektroniske kommunikationsmedier, som benyttes til direkte markedsføringsformål, og som omfatter mere end blot e-mails. Denne videre fortolkning har ligeledes fundet udtryk i 40. betragtning til direktiv 2002/58, der understreger nødvendigheden af at sikre »abonnenterne mod krænkelse af privatlivets fred ved uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål, *især* ved hjælp af automatiserede opkaldsmaskiner, telefaxer og elektronisk post, herunder SMS-meddelelser« [17], hvoraf det – foruden den omstændighed, at elektronisk post ikke er begrænset til alene at omfatte e-mails – fremgår, at opregningen af de nævnte kommunikationsmidler ikke er udtømmende. EU-lovgivers ønske om at dække et videre spektrum af kommunikation, der benyttes med henblik på direkte markedsføring, har ligeledes støtte i 4. betragtning til direktiv 2002/58, der bekræfter formålet om at »sikre, at brugere af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester sikres den samme beskyttelse af personoplysninger og privatlivets fred, *uanset hvilken teknologi tjenesterne baserer sig på*« [18]. Dette formål kræver, at der ud fra en teknologisk betragtning lægges en dynamisk og neutral forståelse til grund af de begreber, der benyttes i direktiv 2002/58.

[13] Jf. i denne retning dom af 1.10.2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, præmis 38-43), samt generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, punkt 44-49). Jf. ligeledes dom af 11.11.2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, præmis 28-32).

[14] Domstolen bemærkede således i dom af 11.11.2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), at »[o]rdlyden af […] artikel 4, nr. 11), [i forordning 2016/679], der definerer »samtykke [fra den registrerede]« med henblik på [denne forordning], er nemlig endnu strengere end ordlyden af artikel 2, litra h), i direktiv 95/46, for så vidt som den kræver en viljestilkendegivelse fra den registrerede, der er »frivillig, specifik, informeret og utvetydig«, og som tager form af en erklæring eller »klar bekræftelse«, der markerer dennes accept af behandlingen af personoplysninger, som vedrører den pågældende. Et aktivt samtykke er således nu udtrykkeligt fastsat ved [den nævnte] forordning« (præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

[15] Som det fremgår af dom af 13.6.2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498), er det i denne henseende irrelevant, at en webbaseret e-mailtjeneste ikke som sådan udgør en »elektronisk kommunikationstjeneste« som omhandlet i artikel 2, litra c), i direktiv 2002/21, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/140/EF af 25.11.2009 (EUT 2009, L 337, s. 37), for så vidt som den ikke udelukkende eller overvejende består i overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet.

[16] Min fremhævelse.

[17] Min fremhævelse.

[18] Min fremhævelse.

54. Uanset omfanget af de kommunikationsmidler, som benyttes med henblik på direkte markedsføring, og som falder inden for anvendelsesområdet for artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, er det efter min opfattelse afgørende for den i hovedsagen omhandlede situation, at de reklameindslag, som hovedsagen angår, når modtagerne netop ved *anvendelse* af en e-mailtjeneste. Jeg henviser ligesom Kommissionen til, at disse meddelelser vises i indbakken tilhørende brugeren af en e-mailkonto, dvs. et sted, der normalt er forbeholdt elektronisk post i snæver forstand, såsom private e-mails. Afsenderen af de nævnte meddelelser benytter sig følgelig af elektronisk post for at nå forbrugeren, således at der er tale om kommunikation med henblik på direkte markedsføringsformål »ved hjælp af elektronisk post« i overensstemmelse med, hvad der fremgår af 67. betragtning til direktiv 2009/136, under hensyn til hvilken artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal fortolkes. Placering af meddelelser som dem, hovedsagen angår, på listen over private e-mails bør derfor efter min opfattelse kvalificeres som *anvendelse* af elektronisk post til direkte markedsføringsformål, hvilket er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58.

55. Som følge af placeringen i en indbakke tilhørende brugeren af en e-mailtjeneste gør den omtvistede reklamepraksis det muligt at nå denne bruger direkte og individuelt inden for den privatsfære, som en sådan indbakke udgør, og hvortil adgangen er beskyttet med en adgangskode, og dette så effektivt, at det efter min opfattelse kan sammenlignes med uønskede e-mails (spam). Placeringen af den omtvistede reklame i indbakken er ikke et tilfældigt valg og udgør for så vidt angår anvendelsen af artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 en betydelig forskel til reklamebannere, der vises i margenen, separat i forhold til listen over private e-mails. Da den omtvistede reklame således fremtræder på samme niveau som private e-mails, nyder den samme opmærksomhed som den, brugeren udviser over for disse. Som Kommissionen med rette har anført, udnytter erhvervsdrivende, som deltager i udbredelsen af denne reklame, i denne situation den private e-mailindbakke samt den interesse og tillid, som brugerne af en e-mailtjeneste har til indbakken, idet deres reklameindslag er udformet således, at de på få undtagelser nær ligner private e-mails. For så vidt som reklameindslagene optager positioner i indbakken, som normalt er forbeholdt private e-mails, og på grund af deres lighed med disse, er der i øvrigt en risiko for forveksling af disse to typer meddelelser, hvilket kan føre til, at en bruger, der klikker på positionen for en reklamemeddelelse, utilsigtet omdirigeres til et websted, der viser den omhandlede reklame, i stedet for fortsat at konsultere sine private e-mails.

56. Jeg finder, i lighed med Kommissionen, at konstateringen af, at reklameindslaget i modsætning til private e-mails fremtræder på grå baggrund, ikke optager lagerplads og ikke tilbyder de sædvanlige e-mailfunktioner, ikke er til hinder for at anerkende, at der foreligger en krænkelse af e-mailtjenestebrugernes privatliv. Da de reklameindslag, som hovedsagen angår, optræder med samme position som private e-mails, kræver sletning af dem samme opmærksomhed og samme handling som uønskede e-mails (spam), således at skadevirkningen forekommer mig at være den samme. Den omstændighed, at disse meddelelser endvidere ikke giver adgang til samme funktioner som e-mails, indebærer endvidere et yderligere irritationsmoment i forhold til uønskede e-mails (spam), idet den særlige behandling, som kræves, kan føre til fejl, når de slettes, eller til utilsigtede klik på reklamen.

57. Det kan efter min opfattelse konkluderes, at det karakteristiske for privatlivskrænkelsen i dette tilfælde er anvendelsen af et kommunikationsmiddel, konkret elektronisk post, der normalt er forbeholdt afsendelse og modtagelse af privat korrespondance. I modsætning til reklamebannere, der vises i margenen og separat i forhold til listen over private e-mails, besværliggør forekomsten af de i hovedsagen omhandlede reklameindslag i indbakken for private e-mails, som brugeren betragter som tilhørende privatsfæren, adgangen til disse i et omfang og på

en måde, der i høj grad svarer til, hvad der er tilfældet for uønskede e-mails (spam). Det følger efter min opfattelse heraf, at der er sket krænkelse af formålet om at beskytte brugerne mod indgreb i privatlivets fred som følge af uønsket kommunikation med henblik på direkte markedsføring, hvilket nyder beskyttelse i henhold til artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, sammenholdt med 40. betragtning til dette samt med 67. betragtning til direktiv 2009/136. Det er følgelig godtgjort, at der er sket indgreb i privatsfæren gennem brugen af e-mailens indbakke, og dette er efter min opfattelse tilstrækkeligt til, at den direkte markedsføringsteknik, som hovedsagen angår, er omfattet af kravet om forudgående samtykke fra brugeren af en e-mailtjeneste.

58. Det er min opfattelse, at det vil skade den effektive virkning af artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, såfremt det tillades, at reklameindslag som de i hovedsagen omhandlede kan vises i indbakken tilhørende brugeren af en e-mailtjeneste, uden at denne forinden har givet samtykke til at modtage sådanne meddelelser i denne form og med denne placering.

59. Det af EU-lovgiver tilsigtede formål om at beskytte brugeren mod konstant belastning af dennes private indbakker eller telefonlinjer på grund af uanmodede kommercielle meddelelser eller opkald kræver følgelig, at den effektive virkning af denne bestemmelse sikres. Dette indebærer, at denne skal fortolkes således, at den omfatter reklameindslag, der som følge af deres lighed med en privat e-mail og deres placering på listen over private e-mails krænker privatlivets fred for så vidt angår brugere af e-mailtjenester. En sådan fortolkning bør lægges til grund for at undgå, at det er muligt at omgå kravet om forudgående samtykke i henhold til artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, uanset at et reklameindslag som det i hovedsagen omhandlede efter min opfattelse unægteligt udgør en direkte markedsføringshandling ad elektronisk vej, der med henblik på sin udbredelse benytter den indbakke, der normalt alene er tiltænkt private e-mails, idet den medfører samme virkninger og samme gener som en uønsket e-mail (spam), hvilket er et af denne bestemmelses hovedformål.

60. For så vidt angår formålet om teknologisk neutralitet, som EU-lovgiver ligeledes har for øje, er det, som jeg tidligere har anført, i øvrigt vigtigt, at anvendelsesområdet for artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 fortolkes vidt, således at nye direkte markedsføringsteknikker omfattes heraf.

61. Med henblik på besvarelsen af den forelæggende rets tredje spørgsmål vil jeg tilføje, at den omstændighed, at et reklameindslag som det i hovedsagen omhandlede placeres i indbakken tilhørende en tilfældigt udvalgt bruger, efter min opfattelse på ingen måde udelukker, at der foreligger en »anvendelse […] af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« som omhandlet i artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58. Jeg finder således, i lighed med den portugisiske regering, at det ikke er en betingelse for anvendelsen af denne bestemmelse, at modtageren er blevet valgt tilfældigt eller på forhånd. Det er med andre ord ikke afgørende, om den omhandlede reklame er rettet til en på forhånd udpeget, individuel modtager, eller om der er tale om en omfattende og tilfældig udbredelse til mange modtagere. Det afgørende er, at der foreligger en kommunikation med kommercielt formål, der direkte og individuelt når en eller flere brugere af e-mailtjenester, idet de placeres i indbakken tilhørende disse brugeres e-mailkonti.

62. Med henblik på besvarelsen af den forelæggende rets fjerde spørgsmål bør det ligeledes præciseres, at kvalifikation af et reklamefremstød som det, hovedsagen angår, som »anvendelse […] af elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« som omhandlet af artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, ikke kræver, at der konstateres en byrde for brugeren, som er mere vidtgående end en gene. Det fremgår således af 40. betragtning til dette direktiv, at kravet om forudgående samtykke ifølge denne bestemmelse navnlig skyldes den omstændighed, at

uanmodet kommunikation med direkte markedsføringsformål kan »medføre en byrde og/eller udgift for modtageren«. Da sådanne kommunikationer er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58, må det antages, at de medrører en byrde for modtageren, uden at det er nødvendigt at fastslå, om denne byrde er mere vidtgående end en gene.

63. Det følger af ovenfor anførte betragtninger, at et reklameindslag som det, hovedsagen angår, efter min opfattelse er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58. En direkte markedsføringshandling af denne type er følgelig ikke tilladt, medmindre modtageren forudgående har givet samtykke hertil.

64. Som anført ovenfor skal der som minimum være tale om et frivilligt, specifikt og informeret samtykke [19].

65. I denne henseende påhviler det den forelæggende ret at efterprøve, hvorvidt brugeren under proceduren vedrørende registrering af den gratis e-mail eller på et andet tidspunkt modtog oplysning om de nærmere betingelser for udbredelse af reklame ved åbning af websiden for e-mailkontoen. Retten skal navnlig sikre sig, at denne bruger har modtaget klar og præcis oplysning om, at reklamebannere ikke alene vises i marginen og separat i forhold til listen over private e-mails, men ligeledes på selve denne liste. Disse oplysninger skal sætte den nævnte bruger i stand til uden besvær at bestemme følgerne af det eventuelle samtykke og at sikre, at dette samtykke gives med fuldt kendskab til følgerne [20]. Det skal på dette grundlag efterprøves, om samme bruger specifikt har givet samtykke til den form for reklame, som hovedsagen angår, dvs. at denne udtrykkeligt har givet samtykke til at modtage reklameindslag i e-mailkontoens indbakke [21].

66. Den økonomiske model, som mange udbydere af webbaserede e-mailtjenester benytter, bygger imidlertid ofte på reklame. I denne henseende accepterer brugeren af sådanne tjenester, at den gratis ydelse i nogen grad kompenseres af visning af reklamer. Dette ændrer imidlertid ikke kravet om, at en sådan accept af reklame i henhold til artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal ske i form af samtykke fra brugeren af en sådan konto, såfremt reklamen vises i selve indbakken til e-mailkontoen,

67. Henset til forudgående betragtninger foreslår jeg Domstolen at svare den forelæggende ret med, at artikel 13, stk. 1, i direktiv 2002/58 skal fortolkes således, at »anvendelse af […] elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« i denne bestemmelses forstand omfatter visning af reklameindslag i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, der er udformet således, at de fremtræder som e-mails og er placeret samme sted som disse, idet den tilfældige udvælgelse af modtagerne af de nævnte meddelelser er uden betydning i denne henseende, og uden at det er fornødent at fastslå, om byrden for denne bruger er mere vidtgående end en gene. Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om den nævnte bruger som minimum frivilligt har givet et specifikt og informeret samtykke, inden sådanne reklameindslag vises i indbakken tilhørende dennes e-mailkonto.

[19] Jf. punkt 50 i nærværende forslag til afgørelse.

[20] Jf. bl.a. dom af 11.11.2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

[21] Ifølge det af Domstolen i dom af 11.11.2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), anførte »kræver artikel 2, litra h), i direktiv 95/46 og artikel 4, nr. 11), i forordning 2016/679 en »specifik« viljestilkendegivelse, således forstået, at den skal vedrøre præcis den pågældende behandling af oplysninger og ikke kan udledes af en viljeserklæring, der har en anden genstand« (præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

B. Fortolkningen af nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29

68. Med sit femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at der foreligger vedholdende og uønskede henvendelser ved hjælp af elektronisk post ved visning af reklameindslag i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste.

69. Kriterierne for, om en handelspraksis er urimelig, fremgår af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29, og det præciseres i samme artikels stk. 4, at en handelspraksis i særdeleshed er urimelig, hvis den er »vildledende«, jf. dette direktivs artikel 6 og 7, eller »aggressiv«, jf. direktivets artikel 8 og 9. Det fremgår endvidere af artikel 5, stk. 5, i direktiv 2005/29, at direktivets bilag I indeholder »fortegnelsen over de former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige«. I denne henseende præciseres det i 17. betragtning til direktiv 2005/29, at det af hensyn til en højere grad af retssikkerhed alene er de former for praksis, der er opregnet i bilag I til direktivet, der under alle omstændigheder kan anses for urimelige, uden at det kræves, at de først vurderes i hvert enkelt tilfælde under hensyn til bestemmelserne i direktivets artikel 5-9 [22]. Da bilag I til direktiv 2005/29 udgør en fuldstændig og udtømmende liste, kan den i hovedsagen omhandlede handelspraksis kun kvalificeres som en handelspraksis, der under alle omstændigheder er aggressiv, hvis den udgør en af de situationer, der er opregnet i dette bilags nr. 24)-31) [23].

70. Blandt de former for »[a]ggressiv handelspraksis«, som fremgår af bilag I, nævnes i nr. 26), at »[d]er foretages vedholdende og uønskede henvendelser pr. telefon, telefax, e-mail eller andre fjernkommunikationsmedier, idet der dog gælder en undtagelse for henvendelser med henblik på at håndhæve en kontraktlig forpligtelse under omstændigheder og i et omfang, der er er berettiget i henhold til national lovgivning«.

71. Jeg har tidligere nævnt, at et reklameindslag som det i hovedsagen omhandlede når frem til brugeren af en e-mailtjeneste direkte og individuelt, idet det vises i denne brugers e-mailkontos indbakke blandt dennes private e-mails. Ud fra brugerens synspunkt fremtræder dette reklameindslag som en e-mail, som han har fået tilsendt individuelt. Som anført af Kommissionen kan virkningen af en sådan meddelelse således sidestilles med individuel, direkte markedsføring, uanset om annoncøren har individualiseret den konkrete modtager i forbindelse med den tekniske forberedelse af den omhandlede meddelelse eller ej, og uanset om denne meddelelse behandles anderledes end e-mails i relation til lagerplads og funktioner eller ej.

72. Det er følgelig min opfattelse, at et reklameindslag som det i hovedsagen omhandlede, som har karakter af direkte markedsføring, og som udbredes med dette formål for øje, udgør en »henvendelse« til brugerne af e-mailtjenester, for så vidt som denne meddelelse er rettet til dem direkte og individuelt og placeres et sted, der er forbeholdt deres private e-mails.

73. For så vidt angår de kendetegn, som kræves, for at »henvendelser« er omfattet af nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29, nemlig at de er »vedholdende og uønskede«, finder jeg, at det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om disse kendetegn foreligger i tvisten i hovedsagen. Med henblik på denne undersøgelse vil jeg påpege, at et reklameindslag som det i hovedsagen omhandlede, under hensyn til definitionen i artikel 8 i direktiv 2005/29 af aggressiv handelspraksis, skal vises tilstrækkeligt hyppigt og regelmæssigt, for at det kan kvalificeres som »vedholdende henvendelser«, hvilket ikke forekommer mig at være tilfældet for så vidt angår en

[22] Jf. bl.a. dom af 13.9.2018, Wind Tre og Vodafone Italia (C-54/17 og C-55/17, EU:C:2018:710, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

[23] Jf. dom af 12.6.2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, præmis 25).

meddelelse, der alene er blevet vist tre gange. Derimod er der efter min opfattelse tale om »uønskede« henvendelser, såfremt det godtgøres, at brugeren af e-mailtjenesten ikke forudgående har givet samtykke til visning af reklameindslag i e-mailkontoens indbakke. Det bør ligeledes tages i betragtning, at brugeren den 20. december 2016 fremsendte et påkrav til eprimo i anledning af en reklame fra den 12. december 2016 og således udtrykkeligt har meddelt dette selskab, at han ikke ønsker at modtage denne form for reklame.

74. Henset til samtlige disse omstændigheder finder jeg, at det femte spørgsmål bør besvares med, at begrebet »vedholdende og uønskede henvendelser pr. […] e-mail« som omhandlet i nr. 26) i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at det må antages at omfatte den i hovedsagen omhandlede adfærd, som består i visning af reklameindslag i indbakken hos brugeren af en e-mailtjeneste, når disse er udformet således, at de fremtræder som e-mails og er placeret samme sted som disse. Det påhviler imidlertid den forelæggende ret at efterprøve dels, om visningen af disse reklameindslag har en så tilstrækkelig hyppig og regelmæssig karakter, at den kan kvalificeres som »vedholdende«, og dels, om visningen af de nævnte meddelelser kan anses for »uønsket« under hensyntagen til, om denne bruger forudgående har givet samtykke til denne visning eller ej, samt om den nævnte bruger har gjort indsigelse mod denne form for reklame.

V. Forslag til afgørelse

75. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 13, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25. november 2009, skal fortolkes således, at »anvendelse af […] elektronisk post med henblik på direkte markedsføring« i denne bestemmelses forstand omfatter visning af reklameindslag i indbakken tilhørende en bruger af en e-mailtjeneste, der er udformet således, at de fremtræder som e-mails og er placeret samme sted som disse, idet den tilfældige udvælgelse af modtagerne af de nævnte meddelelser er uden betydning i denne henseende, og uden at det er fornødent at fastslå, om byrden for denne bruger er mere vidtgående end en gene. Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om den nævnte bruger som minimum frivilligt har givet et specifikt og informeret samtykke, inden sådanne reklameindslag vises i indbakken tilhørende dennes e-mailkonto.

2) Begrebet »vedholdende og uønskede henvendelser pr. […] e-mail« som omhandlet i nr. 26) i bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) skal fortolkes således, at det må antages at omfatte den i hovedsagen omhandlede adfærd, som består i visning af reklameindslag i indbakken hos brugeren af en e-mailtjeneste, når disse er udformet således, at de fremtræder som e-mails og er placeret samme sted som disse. Det påhviler imidlertid den forelæggende ret at efterprøve dels, om visningen af disse reklameindslag har en så tilstrækkelig hyppig og regelmæssig karakter, at denne kan kvalificeres som »vedholdende«, og dels, om visningen af

de nævnte meddelelser kan anses for »uønsket« under hensyntagen til, om denne bruger forudgående har givet samtykke til denne visning eller ej, samt om den nævnte bruger har gjort indsigelse mod denne form for reklame.«