Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JEAN RICHARD DE LA TOUR
föredraget den 24 juni 2021 [1]

Mål C-102/20

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH
mot
eprimo GmbH,
ytterligare rättegångsdeltagare:
Interactive Media CCSP GmbH

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2002/58/EG – Behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation – Reklammeddelanden som visas i inkorgen tillhörande en användare av en e-posttjänst – Artikel 2 andra stycket h – Begreppet elektronisk post – Artikel 13.1 – Begreppet användning av elektronisk post för direkt marknadsföring – Direktiv 2005/29/EG – Otillbörliga affärsmetoder – Punkt 26 i bilaga I – Begreppet upprepade och oönskade kontakter per e-post”

I. Inledning

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 2 andra stycket h och artikel 13.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation), [2] i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/136/EG av den 25 november 2009 [3] (nedan kallat direktiv 2002/58), och av punkt 26 i bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder). [4]

2. Begäran har framställts i ett mål mellan StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH (nedan kallat StWL) och eprimo GmbH, som är två bolag som levererar el till slutkunder, angående frågan huruvida en reklamverksamhet som bedrivs av Interactive Media CCSP GmbH

1 Originalspråk: franska.
2 EGT L 201, 2002, s. 37.
3 EUT L 337, 2009, s. 11.
4 EUT L 149, 2005, s. 22.

(nedan kallat Interactive Media), på begäran av eprimo, vilken består i att reklammeddelanden visas i inkorgen tillhörande användare av den kostnadsfria e-posttjänsten T-Online, är förenlig med den nationella lagstiftningen om illojal konkurrens.

3. Den reklamteknik som är aktuell i det nationella målet är svår att kvalificera, dels eftersom den skiljer sig från den tekniska modellen för e-postmeddelanden, dels eftersom den ur mottagarens synvinkel starkt liknar icke begärda e-postmeddelanden (spam), som är den företeelse som framför allt avses med det skyddssyfte som anges i bland annat artikel 13.1 i direktiv 2002/58.

4. I förevarande förslag till avgörande kommer jag för det första att föreslå att domstolen ska slå fast att artikel 13.1 i direktiv 2002/58 ska tolkas så, att visningen av reklammeddelanden i inkorgen tillhörande en användare av en e-posttjänst i en form som liknar e-postmeddelanden och på samma ställe som dessa e-postmeddelanden, utgör en ”användnin[g] av … elektronisk post för direkt marknadsföring”, i den mening som avses i denna bestämmelse. Det saknar i detta avseende betydelse att mottagarna av dessa reklammeddelanden väljs ut slumpvis och det är inte heller nödvändigt att fastställa att dessa reklammeddelanden för användaren utgör en börda som går utöver en enkel störning. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida nämnda användare har lämnat ett åtminstone frivilligt, specifikt och informerat samtycke innan sådana reklammeddelanden visas i användarens e-postkontos inkorg.

5. För det andra föreslår jag att domstolen ska slå fast att begreppet ”upprepade och oönskade kontakter per … e-post”, i den mening som avses i punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29, ska tolkas så, att det kan omfatta beteenden, såsom de som är aktuella i det nationella målet, som består i att reklammeddelanden visas i inkorgen tillhörande användaren av en e-posttjänst i en form som liknar e-postmeddelanden och på samma ställe som dessa e-postmeddelanden. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att pröva dels huruvida dessa reklammeddelanden visades tillräckligt ofta och regelbundet för att kunna kvalificeras som ”upprepade” kontakter, dels huruvida visningen av nämnda e-postmeddelanden kan anses utgöra ”oönskade” kontakter, varvid det ska beaktas huruvida användaren har gett sitt samtycke före denna visning och huruvida användaren har invänt mot en sådan reklammetod.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2002/58

6. I skälen 4 och 40 i direktiv 2002/58 anges följande:

”(4) I Europaparlamentets och rådets direktiv 97/66/EG av den 15 december 1997 om behandling av personuppgifter och skydd för privatlivet inom telekommunikationsområdet[5,] översattes de principer som fastställs i [Europaparlamentets och rådets direktiv av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter[6]] 95/46/EG i specifika regler för telekommunikationsområdet. Direktiv [97/66] måste anpassas till utvecklingen av marknaderna och tekniken för

5 EGT L 24, 1998, s. 1.

6 EGT L 281, 1995, s. 31.

elektroniska kommunikationstjänster så att ett likvärdigt skydd av personuppgifter och integritet kan erbjudas alla användare av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster, oavsett vilken teknik som används. Det direktivet bör därför upphävas och ersättas med det här direktivet.

…

(40) Åtgärder bör vidtas för att skydda abonnenterna mot intrång i integriteten genom icke begärda kommunikationer för direkt marknadsföring, i synnerhet i form av automatiska uppringningssystem, fax och elektronisk post, inklusive SMS-meddelanden. Dessa former av icke begärd kommersiell kommunikation kan å ena sidan vara relativt enkla och billiga att skicka, men å andra sidan kan de utgöra en börda och/eller en kostnad för mottagaren. I vissa fall kan dessutom deras volym medföra svårigheter för elektroniska kommunikationsnät och terminalutrustning. För sådana former av icke begärd kommunikation för direkt marknadsföring är det motiverat att kräva ett uttryckligt samtycke från mottagarna innan sådana kommunikationer skickas till dem. Inom den inre marknaden krävs det ett harmoniserat tillvägagångssätt för att säkerställa enkla bestämmelser för företag och användare inom hela [unionen].”

7. Artikel 2 i direktiv 2002/58, med rubriken ”Definitioner”, har följande lydelse:

”Om inte annat anges skall definitionerna i Europaparlamentets och rådets direktiv [95/46] och 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv)[7] gälla i detta direktiv.

Dessutom skall följande definitioner gälla:

…

d) *kommunikation*: all information som utbyts eller överförs mellan ett begränsat antal parter genom en allmänt tillgänglig elektronisk kommunikationstjänst. Detta inbegriper inte information som överförs som del av en sändningstjänst för rundradio eller TV till allmänheten via ett elektroniskt kommunikationsnät utom i den mån informationen kan sättas i samband med den enskilde abonnenten eller användaren av informationen.

…

f) *samtycke*: en användares eller abonnents samtycke motsvarar den registrerades samtycke i direktiv [95/46[8]].

…

7 EGT L 108, 2002, s. 33.

8 Enligt artikel 2 h i direktiv 95/46 avses med ”den registrerades samtycke” ”varje slag av frivillig, särskild och informerad viljeyttring genom vilken den registrerade godtar behandling av personuppgifter som rör honom.” Detta direktiv upphävdes, med verkan från och med den 25 maj 2018, genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) (EUT L 119, 2016, s. 1). I artikel 4 led 11 i denna förordning definieras ”samtycke av den registrerade” som ”varje slag av frivillig, specifik, informerad och otvetydig viljeyttring, genom vilken den registrerade, antingen genom ett uttalande eller genom en entydig bekräftande handling, godtar behandling av personuppgifter som rör honom eller henne”. Enligt artikel 94.2 i förordningen, med rubriken ”Upphävande av direktiv [95/46]”, ska ”[h]änvisningar till det upphävda direktivet … anses som hänvisningar till denna förordning …”.

h) *elektronisk post*: ett meddelande i form av text, röst, ljud eller bild som sänds via ett allmänt kommunikationsnät och som kan lagras i nätet eller i mottagarens terminalutrustning tills mottagaren hämtar det.

…”

8. I artikel 13 i direktiv 2002/58, med rubriken ”Icke begärd kommunikation” föreskrivs följande:

”1. Användningen av automatiska uppringnings- och kommunikationssystem utan mänsklig medverkan (automatisk uppringningsutrustning), telefaxapparater (fax) eller elektronisk post för direkt marknadsföring får tillåtas endast i fråga om abonnenter eller användare som i förväg har gett sitt samtycke.

2. Utan hinder av punkt 1 får en fysisk eller juridisk person, som från sina kunder fått deras uppgifter om elektronisk adress för elektronisk post i samband med försäljning av en vara eller en tjänst, i enlighet med direktiv [95/46], använda dessa uppgifter om elektronisk adress för direkt marknadsföring av sina egna, likartade varor eller tjänster, under förutsättning att kunderna klart och tydligt ges möjlighet att, kostnadsfritt och enkelt, motsätta sig sådan användning av elektroniska kontaktuppgifter när dessa samlas in och i samband med varje meddelande om kunden inte inledningsvis har motsatt sig sådan användning.

3. Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att icke begärd kommunikation för direkt marknadsföring, som sker i andra fall än de som anges i punkterna 1 och 2, inte tillåts utan de berörda abonnenternas eller användarnas samtycke eller till abonnenter eller användare som inte önskar få sådan kommunikation; vilken av dessa möjligheter som väljs ska avgöras enligt nationell lagstiftning med beaktande av att båda alternativen ska vara kostnadsfria för abonnenten eller användaren.

4. Under alla omständigheter ska det vara förbjudet att skicka elektronisk post för direkt marknadsföring om identiteten på den avsändare för vars räkning meddelandet skickas döljs eller hemlighålls eller om det görs i strid med artikel 6 i [Europaparlamentets och rådets] direktiv 2000/31/EG [av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (”Direktiv om elektronisk handel”) [9]] eller om det inte finns en giltig adress till vilken mottagaren kan skicka en begäran om att sådana meddelanden [ska upphöra] eller om mottagaren uppmanas att besöka webbplatser som strider mot den artikeln.

…”

2. Direktiv 2005/29

9. Skäl 17 i direktiv 2005/29 har följande lydelse:

”Det är önskvärt att, för större rättssäkerhet, fastställa vilka affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga. Bilaga I innehåller därför en fullständig förteckning över sådana metoder. Endast dessa affärsmetoder skall kunna bedömas som otillbörliga utan prövning från fall till fall utifrån bestämmelserna i artiklarna 5–9. Förteckningen kan ändras endast genom en översyn av detta direktiv.”

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

10. I artikel 5 i direktiv 2005/29 föreskrivs följande:

”1. Otillbörliga affärsmetoder skall vara förbjudna.

2. En affärsmetod skall vara otillbörlig om den

a) strider mot god yrkessed, och

b) innebär, eller sannolikt kommer att innebära, avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet i förhållande till produkten hos den genomsnittskonsument som affärsmetoden riktar sig till eller som nås av metoden, eller den genomsnittliga gruppmedlemmen om affärsmetoden riktar sig till en viss konsumentgrupp.

…

4. Affärsmetoder skall anses otillbörliga om de

a) är vilseledande enligt artiklarna 6 och 7, eller

b) aggressiva enligt artiklarna 8 och 9.

5. Bilaga I innehåller förteckningen över de affärsmetoder som under alla omständigheter skall betraktas som otillbörliga. Samma förteckning skall gälla i alla medlemsstater och får ändras endast genom en översyn av detta direktiv.”

11. I artikel 8 i direktiv 2005/29 föreskrivs följande:

”En affärsmetod skall anses vara aggressiv om den, i sitt sammanhang och med beaktande av alla dess särdrag och av omständigheterna kring den, genom trakasseri, tvång, inbegripet fysiskt våld, eller otillbörlig påverkan avsevärt inskränker eller som sannolikt kommer att avsevärt inskränka genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande avseende produkten och därigenom medför eller sannolikt kommer att medföra att konsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.”

12. Bilaga I till direktivet innehåller en förteckning över de ”affärsmetoder som under alla omständigheter skall betraktas som otillbörliga”. Bland ”[a]ggressiva affärsmetoder” anges i punkt 26 det förhållandet att ”[t]a upprepade och oönskade kontakter per telefon, fax, e-post eller annat medium utom under de förhållanden och i den utsträckning som enligt nationell lagstiftning är motiverat för att få en avtalsmässig skyldighet fullgjord. Detta skall inte påverka tillämpningen av … direktiven [95/46 och 2002/58]”.

B. Tysk rätt

13. I 3 § styckena 1 och 2 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lagen om illojal konkurrens) [10] av den 3 juli 2004, i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet, föreskrivs följande:

”(1) Otillbörliga affärsmetoder är förbjudna.

[10] BGBl. 2004 I, s. 1414, nedan kallad UWG.

(2) Affärsmetoder som riktar sig till konsumenter eller når dessa är otillbörliga om de strider mot den omsorg som näringsidkarna är skyldiga att iaktta och sannolikt kommer att innebära avsevärd snedvridning av konsumentens ekonomiska beteende.”

14. I 5a § stycke 6 UWG föreskrivs följande:

”Det utgör otillbörligt handlande att inte tillkännage det kommersiella syftet med ett kommersiellt agerande, såvida inte detta direkt framgår av omständigheterna, om avsaknaden av tillkännagivande är ägnad att få konsumenten att fatta ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.”

15. 7 § styckena 1 och 2 UWG har följande lydelse:

”(1) Affärsmetoder som innebär en oacceptabel störning för en marknadsaktör är förbjudna. Detta gäller särskilt marknadsföring som genomförs, trots att det är uppenbart att den marknadsaktör till vilken den riktar sig till inte önskar den.

(2) En oacceptabel störning ska alltid antas föreligga:

1. vid marknadsföring som genomförs med lämpliga kommersiella kommunikationsmedel för distansförsäljning som inte anges i punkterna 2 och 3 i denna bestämmelse, varigenom upprepad kontakt tas med en konsument trots att denne uppenbarligen inte önskar detta.

…

3. vid marknadsföring som genomförs med användning av automatisk uppringningsutrustning, fax eller elektronisk post utan ett föregående uttryckligt samtycke från mottagaren, eller

4. vid marknadsföring i form av ett meddelande

   a) i vilket identiteten på den avsändare för vars räkning meddelandet skickas döljs eller hemlighålls

   …”

16. I 8 § UWG föreskrivs följande:

”(1) Den som använder affärsmetoder som är förbjudna enligt 3 § eller 7 § kan bli föremål för ett föreläggande om upphörande och, om det föreligger risk för att beteendet upprepas, ett förbudsföreläggande. Rätten att ansöka om förbudsföreläggande uppkommer redan då det finns en risk för att affärsmetoderna i 3 § eller 7 § kommer att användas.

(2) Om överträdelser begås av en anställd i ett företag eller av en företrädare för företaget, kan föreläggandet om förbud eller upphörande även avse företagets ägare.

(3) Följande personer kan ansöka om de förelägganden som avses i stycke 1:

1. konkurrenter

…”

III. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

17. StWL och eprimo är två konkurrerande elleverantörer. På begäran av eprimo sände Interactive Media, en reklambyrå, reklammeddelanden till e-postinkorgar tillhörande användare av den kostnadsfria e-posttjänsten T-Online.

18. Reklammeddelanden med texten ”spara mera” med eprimo visades i en privat e-postlåda tillhörande en användare av e-posttjänsten T-Online, närmare bestämt i e-postlådans inkorg, det vill säga på den plats där de mottagna e-postmeddelandena visas i form av en lista, där dessa reklammeddelanden visades bland mottagna e-postmeddelanden. Till skillnad från dessa e-postmeddelanden var den reklam som åtföljdes av ordet annons gråfärgad och innehöll varken datum eller avsändare, den kunde inte bevaras eller vidarebefordras och kunde inte heller besvaras med hjälp av de möjligheter för hantering av e-postmeddelanden som leverantören av e-posttjänster tillhandahöll. Reklamen beaktades inte i antalet olästa e-postmeddelanden och upptog inte heller något lagringsutrymme i användarens inkorg. Användaren skickade en formell underrättelse till eprimo den 20 december 2016 angående ett reklammeddelande av den 12 december 2016 och meddelade således uttryckligen eprimo att han inte önskade ta emot sådan reklam. Liknande reklammeddelanden visades emellertid i användarens inkorg den 13 och den 15 januari 2017.

19. De reklammeddelanden som är aktuella i det nationella målet visas slumpvis i inkorgen tillhörande användarna av e-posttjänsten. När e-postkontots webbsida öppnades sändes en begäran (AdRequest) till reklamservern som därefter skickade parametrarna till användarens webbläsare, vilket ledde till att en slumpvis utvald annonsruta visades i användarens e-postkontos inkorg. Om användaren klickar på den reklam som visas, skickas information om detta vidare till den reklamserver som registrerar detta, vilken sedan omdirigerar webbläsaren till annonsörens webbplats.

20. StWL väckte talan vid Landgericht Nürnberg-Fürth (regional domstol i Nürnberg-Fürth, Tyskland). Landgericht Nürnberg-Fürth fann att denna reklammetod står i strid med tillämplig konkurrenslagstiftning på grund av att den utgör en oacceptabel störning och är vilseledande, och förelade eprimo att upphöra med reklam i näringsverksamhet och i konkurrenssyfte på e-postkontot T-Online i samband med eldistribution till slutkonsumenter.

21. Eprimo överklagade domen till Oberlandesgericht Nürnberg (regional appellationsdomstol i Nürnberg). Oberlandesgericht Nürnberg biföll överklagandet och slog fast att den ifrågasatta placeringen av reklamen i inkorgen tillhörande en användare av e-posttjänster inte utgjorde en affärsmetod som var förbjuden enligt konkurrensrätten.

22. Oberlandesgericht Nürnberg (regional appellationsdomstol i Nürnberg) fann för det första att reklamen i fråga inte utgjorde en oacceptabel störning med användning av elektronisk post i den mening som avses i 7 § stycke 2 punkt 3 UWG, eftersom denna reklam inte kunde betraktas som elektronisk post i den mening som avses i denna bestämmelse. Under alla omständigheter medförde nämnda reklam inte någon börda eller kostnad för användaren av e-posttjänsten som gick utöver den ”normala” störning som all reklam gav upphov till, och medförde således inte någon oacceptabel störning i den mening som avses i den allmänna bestämmelsen i artikel 7.1 första meningen UWG, bland annat med hänsyn till att e-posttjänsten var kostnadsfri.

23. För det andra fann nämnda domstol att reklamen i fråga inte var förbjuden enligt 7 § stycke 2 punkt 4 a UWG, eftersom det inte rörde sig om reklam i form av meddelanden. 7 § stycke 2 punkt 1 UWG var inte heller tillämplig, eftersom den förutsätter ”kontakt” i betydelsen av ett beteende som besvärar en konsument, vilket inte är fallet här. Slutligen kunde den aktuella reklamen inte anses vara otillbörlig med motiveringen att den var vilseledande i den mening som avses i 5a § stycke 6 UWG, eftersom den inte dolde sin reklamkaraktär.

24. StWL överklagade domen till Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland). Den domstolen fann att svaret på frågan huruvida det föreligger en rätt att få det aktuella agerandet att upphöra beror på tolkningen av artiklarna 2 andra stycket d och h och 13.1 i direktiv 2002/58 och punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 och begreppen ”elektronisk post”, ”användning” och ”kontakt”.

25. Enligt den hänskjutande domstolen kan det agerande som eprimo kritiserats för nämligen vara förbjudet enligt 7 § stycke 2 punkt 3 UWG, varigenom artikel 13.1 i direktiv 2002/58 har införlivats. Den har anfört att det även är tänkbart att reklamen är förbjuden enligt 7 § stycke 2 punkt 1 UWG, varigenom punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 har införlivats.

26. Vad för det första gäller den del som avser tillämpningen av 7 § stycke 2 punkt 3 UWG, genom vilken artikel 13.1 i direktiv 2002/58 har införlivats, önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i innebörden av begreppen ”elektronisk post” och ”användning” av sådan för direkt marknadsföring.

27. Med avseende på frågan huruvida reklamen i fråga omfattas av begreppet ”elektronisk post” har den hänskjutande domstolen först konstaterat att det meddelande som operatören av reklamservern i realtid sände till e-postkontots inkorg, efter det att användaren genom inloggning öppnat motsvarande webbsida, och som visas på denna sida, där det kunde läsas av användaren, utgör ”kommunikation” i den mening som avses i artikel 2 andra stycket d i direktiv 2002/58. Den hänskjutande domstolen anser vidare att det ska prövas huruvida ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet kan kvalificeras som ”elektronisk post” i den mening som avses i artikel 2 andra stycket h i direktivet.

28. Den hänskjutande domstolen vill i detta avseende få klarhet vad gäller det i denna bestämmelse angivna kriteriet avseende sändning av meddelandet. Reklamen i inkorgen överförs nämligen inte av användaren av en e-posttjänst till en annan användare, utan visas av reklamservrar, efter det att e-postkontot öppnats, på vissa härför avsedda ställen i inkorgen tillhörande en slumpvis utvald användare. I enlighet med kriterierna för ett traditionellt e-postmeddelande kan det således inte vara fråga om sändning av meddelandet, vilket innebär att den reklam som visas i denna inkorg inte kan kvalificeras som ”elektronisk post”. Den hänskjutande domstolen vill emellertid få klarhet i huruvida syftet att skydda användarens integritet, som anges i skäl 40 och som eftersträvas med artikel 13.1 i direktiv 2002/58, inte skulle kunna tala för ett funktionellt och icke-tekniskt synsätt vid definitionen av begreppet ”sänds”. Detta syfte skulle kunna motivera att begreppet ”sänds”, inte tolkas mot bakgrund av traditionella former av elektronisk kommunikation, det vill säga i betydelsen av sändning från en viss användare till en annan förbestämd användare, utan funktionellt, i betydelsen av spridning.

29. Den hänskjutande domstolen vill även få klarhet i hur begreppet ”hämta” i artikel 2 andra stycket h i direktiv 2002/58 ska definieras. Den hänskjutande domstolen har förklarat att det av denna bestämmelse, jämförd med skäl 27 i samma direktiv,[11] skulle kunna framgå att hämtande av meddelandet förutsätter ett medvetet agerande av mottagaren som genom att öppna sitt e-postkonto ger uttryck för sin vilja att hans eller hennes e-post, som lagras på e-postservern, visas och överförs till honom eller henne, medan användaren vad beträffar den aktuella reklamen, vilken lagras på en reklamserver som kontrolleras av det bolag som sprider den, enbart behöver öppna e-posttjänsten för att annonsrutan ska visas i realtid, utan att användaren märker av detta förfarande och ges möjlighet att, genom ett beslut som uttrycker hans eller hennes vilja, ta ställning till huruvida denna visning ska tillåtas eller inte. Sammanfattningsvis förutsätter den hämtning som avses i artikel 2 andra stycket h i direktiv 2002/58 att användaren vidtar åtgärder för att överföra ett meddelande, i allmänhet från tjänsteleverantörens server. Den hänskjutande domstolen anser emellertid att artikel 13.1 i direktiv 2002/58 innebär en skyldighet att skydda användaren mot oönskade reklammeddelanden och att det därför kan utgås från att öppnandet av ett e-postkonto på internet räcker för att utgöra slutlig hämtning.

30. Den hänskjutande domstolen har dessutom påpekat att den omtvistade reklamen lagrades på en reklamserver och således i nätet fram till dess att den lades in i inkorgen vilket skedde genom inloggningen. Enligt den hänskjutande domstolen går det inte att av skäl 27 i direktiv 2002/58 dra slutsatsen att elektronisk post endast avser meddelanden som lagras på tjänsteleverantörens server.

31. Den hänskjutande domstolen vill även få klarhet i huruvida det rör sig om elektronisk post i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58 även när ett meddelande inte sänds till en viss mottagare som faktiskt identifierats före överföringen, utan - såsom i förevarande fall - visas slumpmässigt. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende påpekat att den omtvistade reklamen överfördes till abonnenterna av den kostnadsfria e-posttjänsten slumpmässigt, utan att någon föregående kommunikation om kundens samtycke varit möjlig. Den hänskjutande domstolen anser emellertid att det inte är möjligt att av kravet på föregående samtycke i denna bestämmelse dra slutsatsen att alla former av direkt marknadsföring via kommunikationsnät är tillåtna, när samtycke från användare av e-posttjänster inte kan inhämtas innan reklam visas, på grund av de tekniska metoder som annonsören använder sig av.

32. Den hänskjutande domstolen anser dessutom att begreppet ”användning” av elektronisk post, i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58, ska definieras och vill få klarhet i huruvida ”bördan”[12] för användaren måste gå utöver en enkel störning för att omfattas av detta begrepp,. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende konstaterat att eftersom reklamen i fråga ser ut som ett e-postmeddelande och således är mer synlig än reklam utanför inkorgen, stör den mer än reklam som visas i marginalen till inkorgen och att syftet att skydda användarnas integritet under dessa omständigheter riskerar att inte uppnås.

33. Vad för det andra gäller den del som avser tillämpningen av 7 § stycke 2 punkt 1 UWG, genom vilken punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 har införlivats, anser den hänskjutande domstolen att kriterierna för ”kontakt” i den mening som avses i denna bestämmelse behöver preciseras. Enligt den hänskjutande domstolen kan det inte röra sig om kontakt när kommunikationen

[11] I detta skäl anges att ”[d]et exakta ögonblick när överföringen av en kommunikation avslutas, efter vilken trafikuppgifterna bör utplånas, med undantag för sådana uppgifter som behandlas för faktureringsändamål, kan bero på vilken typ av elektronisk kommunikationstjänst som tillhandahålls. … När det gäller elektronisk post avslutas överföringen så snart mottagaren hämtar meddelandet, vanligtvis från tjänsteleverantörens server.”

[12] Se skäl 40 i direktiv 2002/58.

riktar sig till allmänheten. Kontakt förutsätter tvärtom att ett reklammeddelande riktar sig till en enskild kund. Den hänskjutande domstolen frågar sig i detta avseende om det, för att det ska vara fråga om riktad individuell reklam som uppfyller kriterierna för kontakt, krävs att en kund kontaktas med ett kommunikationsmedium som normalt sett används för individuell kommunikation mellan en avsändare och en mottagare, såsom telefon, telefax eller e-post, eller om det, såsom i förevarande fall, räcker att det skapas en personlig koppling till användaren, såsom genom den nu aktuella reklamen, genom att reklamen placeras i användarens e-postkontos inkorg och således på ett ställe där kunden förväntar sig att se meddelanden som riktas till denne personligen.

34. Enligt den hänskjutande domstolen berörs sannolikt även det skyddssyfte som eftersträvas med punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29, eftersom användaren störs mer av reklam som visas i inkorgen än av traditionella webbannonser som visas på de ställen på en webbplats som normalt sett är avsedda för detta ändamål och som inte har någon individuell karaktär.

35. Den hänskjutande domstolen anser dessutom att de övriga villkoren för att det ska röra sig om en förbjuden praxis enligt denna bestämmelse är uppfyllda. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende påpekat att användaren av e-posttjänsten har kontaktats tre gånger totalt, det vill säga vid flera tillfällen och således upprepade gånger, genom den reklam som placeras i användarens e-postinkorg. Denna reklam var oönskad, eftersom användaren uttryckligen hade meddelat eprimo att han inte ville motta sådana reklammeddelanden som de som är aktuella i det nationella målet.

36. Mot denna bakgrund beslutade Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Omfattar sändningsbegreppet i artikel 2 h i direktiv [2002/58] fall där en användare av en elektronisk kommunikationstjänst inte sänder något meddelande till en annan användare via ett tjänsteföretag till den andra användarens elektroniska ”adress”, utan meddelandet visas automatiskt av reklamservrar på vissa för detta ändamål avsedda ställen i e-postinkorgen tillhörande en slumpvis utvald användare (inkorg-reklam) efter det att användaren öppnar e-postkontots lösenordsskyddade webbsida?

2) Krävs det, för att ett meddelande ska anses hämtas i den mening som avses i artikel 2 andra stycket h i direktiv [2002/58], att mottagaren, efter att ha fått kännedom om att han eller hon har erhållit ett meddelande, medvetet begär hämtningen av meddelandet och därigenom framkallar en tekniskt förprogrammerad överföring av uppgifterna i meddelandet, eller räcker det – om meddelandet därigenom visas i ett e-postkontos inkorg – att användaren öppnar e-postkontots lösenordsskyddade webbsida?

3) Är det fråga om elektronisk post i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv [2002/58] även när ett meddelande inte sänds till en viss mottagare som faktiskt identifierats före överföringen, utan visas i en slumpvis utvald användares inkorg?

4) Är det fråga om användning av elektronisk post för direkt marknadsföring i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv [2002/58] endast om det fastställs att den för användaren utgör en börda som går utöver en enkel störning?

5) Rör det sig om individuell reklam som uppfyller kravet på kontakt i den mening som avses i första meningen i punkt 26 i bilaga I till direktiv [2005/29] endast när en kund kontaktas med ett kommunikationsmedium som normalt sett används för individuell kommunikation mellan en avsändare och en mottagare, eller räcker det med att det skapas en individuell koppling, såsom genom den nu aktuella reklamen, genom att reklamen visas i ett privat e-postkontos inkorg och således på ett ställe där kunden förväntar sig att se meddelanden som riktas till denne personligen?”

37. Interactive Media, eprimo, den portugisiska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. StWL, Interactive Media, eprimo och kommissionen har besvarat domstolens skriftliga frågor inom den angivna fristen.

IV. Bedömning

38. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande har domstolen blivit ombedd att uttala sig om huruvida, och i förekommande fall på vilka villkor, ett agerande, som innebär att reklam visas i inkorgen tillhörande en användare av en e-posttjänst som tillhandahålls kostnadsfritt till användaren och som finansieras genom reklam som annonsörerna betalar, kan anses vara förenlig med de relevanta bestämmelserna i direktiven 2002/58 och 2005/29.

39. Såsom framgår av punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 ska förbudet mot att ”[t]a upprepade och oönskade kontakter per telefon, fax, e-post eller annat medium utom under de förhållanden och i den utsträckning som enligt nationell lagstiftning är motiverat för att få en avtalsmässig skyldighet fullgjord” tillämpas utan att det påverkar bestämmelserna i bland annat direktiv 2002/58. I enlighet med den hänskjutande domstolens uppmaning till EU-domstolen kommer jag således i tur och ordning att pröva de frågor som rör tolkningen av dels direktiv 2002/58, dels direktiv 2005/29.

A. Tolkningen av de relevanta bestämmelserna i direktiv 2002/58

40. Den hänskjutande domstolen har ställt den *första och den andra frågan* för att få klarhet i huruvida de kriterier som gör det möjligt att definiera elektronisk post i den mening som avses i artikel 2 andra stycket h i direktiv 2002/58 är uppfyllda när ett reklammeddelande visas i ett privat e-postkontos inkorg som tillhör en användare av en e-posttjänst. Den hänskjutande domstolen vill närmare bestämt få klarhet i huruvida ett meddelande kan anses ha ”sänts”, i den mening som avses i denna bestämmelse, när användaren inte översänder något meddelande till en annan användare via en tjänsteleverantör till den andra användarens elektroniska adress, utan meddelandet visas automatiskt i e-postinkorgen tillhörande en slumpvis utvald användare efter det att användaren öppnar e-postkontots skyddade webbsida? Den hänskjutande domstolen vill även få klarhet i huruvida det krävs, för att ett meddelande ska anses ”hämtas” i den mening som avses i artikel 2 andra stycket h i direktiv 2002/58, att mottagaren medvetet framkallar överföringen av det aktuella meddelandet, eller om det räcker att meddelandet visas i inkorgen efter det att e-postkontots skyddade webbsida öppnats.

41. Den hänskjutande domstolen har genom den *tredje och den fjärde frågan* begärt en tolkning av begreppet användning av elektronisk post för direkt marknadsföring i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58. Den hänskjutande domstolen vill genom den tredje frågan närmare bestämt få klarhet i huruvida det rör sig om elektronisk post i den mening som avses i denna bestämmelse när ett meddelande inte sänds till en viss mottagare som identifierats före

överföringen, utan visas i en slumpvis utvald användares inkorg. Den hänskjutande domstolen vill dessutom få klarhet i huruvida ”användning av elektronisk post för direkt marknadsföring” i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58/EG endast kan anses föreligga om det fastställs att den för användaren utgör en börda som går utöver en enkel störning.

42. Enligt artikel 2 andra stycket h i direktiv 2002/58 definieras elektronisk post som ”ett meddelande i form av text, röst, ljud eller bild”. Denna del av definitionen ger inte upphov till någon diskussion i förevarande mål och kriterierna för denna definition uppfylls säkerligen av ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet.

43. Det krävs emellertid att ytterligare tre kriterier är uppfyllda för att ett meddelande ska kunna kvalificeras som ”elektronisk post” enligt denna bestämmelse. För det första ska meddelandet ”[sändas] via ett allmänt kommunikationsnät”. För det andra ska meddelandet kunna ”lagras i nätet eller i mottagarens terminalutrustning.” För det tredje ska meddelandet kunna hämtas av mottagaren.

44. Det finns två motstridiga uppfattningar om huruvida ett sådant reklammeddelande som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen helt eller endast delvis uppfyller dessa tre kriterier.

45. Enligt uppfattningen att ett sådant reklammeddelande inte kan kvalificeras som elektronisk post, vilken förespråkas av eprimo och Interactive Media, kan ett reklammeddelande som slumpmässigt visas i ett e-postkontos inkorg inte anses ha sänts, lagrats och hämtats i enlighet med vad som krävs enligt artikel 2 andra stycket h i direktiv 2002/58. De argument som anförts till stöd för denna uppfattning grundar sig på tanken att ett sådant meddelande inte har egenskaper som är utmärkande för ett traditionellt e-postmeddelande. För det första har det inte sänts av en användare till en annan, utan tillfälligt och automatiskt visats i inkorgen tillhörande en slumpvis utvald användare. För det andra lagras ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet inte i mottagarens nät eller terminalutrustning. För det tredje hämtas inte detta meddelande av mottagaren, eftersom detta förutsätter ett medvetet beteende från mottagarens sida i syfte att få kännedom om ett visst meddelande genom att välja ut det.

46. Den uppfattning som innebär att ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet ska kvalificeras som ”elektronisk post”, som den hänskjutande domstolen och delvis den portugisiska regeringen stöder, grundar sig på att det är nödvändigt att göra en funktionell tolkning av begreppet ”elektronisk post” för att uppnå målet att skydda integriteten för användare av e-posttjänster. En sådan tolkning medför att vart och ett av kriterierna för detta begrepp måste bedömas flexibelt. Ett reklammeddelande som sprids och visas i inkorgen i ett e-postkonto tillhörande en användare av e-posttjänster ska oberoende av den teknik som används anses ha ”[sänts] via ett allmänt kommunikationsnät” i den mening som avses i artikel 2 andra stycket h i direktiv 2002/58. Det förhållandet att meddelandet har lagrats på en reklamserver och inte i mottagarens terminalutrustning räcker, eftersom det kan anses att det rör sig om en lagring ”i nätet” i den mening som avses i denna bestämmelse. Ett sådant meddelande som visas på e-postkontots webbsida ska dessutom anses ha hämtats, såsom krävs enligt nämnda bestämmelse. På den sistnämnda punkten är den portugisiska regeringens argumentation mer nyanserad, eftersom den anser att ett reklammeddelande som visas i ett sådant e-postkontos inkorg inte kan hämtas av mottagaren. Eftersom detta meddelande fortfarande lagras på nätet, är det tillräckligt för att det ska kunna kvalificeras som ”elektronisk post” i den mening som avses i artikel 2 andra stycket h i direktiv 2002/58.

47. Mot bakgrund av de ofta tekniska argument som anförts till stöd för var och en av dessa båda uppfattningar, instämmer jag i den hänskjutande domstolens argumentation att begreppet ”elektronisk post” ska tolkas funktionellt, vilket skulle kunna leda till slutsatsen att ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet uppfyller de kriterier som föreskrivs i artikel 2 andra stycket h i direktiv 2002/58.

48. Under alla omständigheter anser jag att detta begrepp inte ska tolkas isolerat utan med beaktande av den bestämmelse i vilken det används, i förevarande fall artikel 13.1 i direktiv 2002/58. Jag ansluter mig därmed till den uppfattning som företräds av StWL och kommissionen, enligt vilken det relevanta begrepp som ska tolkas i detta mål är begreppet ”användnin[g] av … elektronisk post för direkt marknadsföring” i denna bestämmelse. Jag kommer därför att fokusera min bedömning på tolkningen av nämnda bestämmelse, och härvid beakta dess ordalydelse, syfte och nödvändigheten av att säkerställa bestämmelsens ändamålsenliga verkan.

49. Jag noterar härvidlag att artikel 13 i direktiv 2002/58 har rubriken ”Icke begärd kommunikation”. Om man hänvisar till definitionen av begreppet kommunikation i artikel 2 andra stycket d i detta direktiv ska artikel 13 i nämnda direktiv tillämpas på ”all information som utbyts eller överförs mellan ett begränsat antal parter genom en allmänt tillgänglig elektronisk kommunikationstjänst.”

50. Om en kommunikation omfattas av tillämpningsområdet för artikel 13.1 i direktiv 2002/58, är den tillåten förutsatt att ett samtycke först har erhållits från mottagaren. Det följer av artikel 2 andra stycket f i direktiv 2002/58, jämförd med artikel 94.2 i förordning 2016/679, att samtycket ska uppfylla kraven i artikel 2 h i direktiv 95/46 eller artikel 4 led 11 i samma förordning, beroende på om den ena eller den andra av dessa båda bestämmelser är tidsmässigt tillämplig (*ratione temporis*) på omständigheterna i det nationella målet. När det gäller en talan om förbudsföreläggande mot en förbjuden affärsmetod är det inte uteslutet att förordning 2016/679, för det fall den talan som väckts av StWL syftar till att få eprimos beteende att upphöra i framtiden, är tillämplig i tiden (*ratione temporis*) i det nationella målet, trots att de faktiska omständigheter som ligger till grund för tvisten inträffade före den 25 maj 2018, det vill säga den dag då denna förordning blev tillämplig, eftersom direktiv 95/46 upphävdes med verkan från och med detta datum.[13] Av detta följer att det åtminstone måste röra sig om en frivillig, specifik och informerad viljeyttring.[14]

51. I artikel 13.1 i direktiv 2002/58 preciseras vilka typer av kommunikation som omfattas av kravet på samtycke i förväg från mottagarna. Det rör sig för det första om kommunikationer som syftar till direkt marknadsföring, det vill säga kommunikationer för kommersiella ändamål som direkt och personligen riktar sig till användare av elektroniska kommunikationstjänster. För det andra ska dessa kommunikationer nå användarna av elektroniska kommunikationstjänster genom ”[a]nvändningen av automatiska uppringnings- och kommunikationssystem utan mänsklig medverkan (automatisk uppringningsutrustning), telefaxapparater (fax) eller elektronisk post”.

[13] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 oktober 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, punkterna 38–43) och förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, punkterna 44–49). Se, även, dom av den 11 november 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, punkterna 28–32).

[14] Såsom domstolen angav i sin dom av den 11 november 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), är ”[o]rdalydelsen i artikel 4 led 11 i [förordning 2016/679], som definierar ’samtycke av den registrerade’ vid tillämpning av [denna förordning], striktare än den i artikel 2 h i direktiv 95/46, eftersom det krävs en ’frivillig, specifik, informerad och otvetydig’ viljeyttring av den registrerade, antingen genom ett uttalande eller genom ’en entydig bekräftande handling’ genom vilken behandling av den registrerades personuppgifter godtas. Ett aktivt samtycke krävs således numera enligt [nämnda] förordning” (punkt 36 och där angiven rättspraxis).

52. Artikel 13.1 i direktiv 2002/58 är således inte avsedd att tillämpas allmänt på reklamfönster som kan visa sig när webbplatser besöks. Denna bestämmelse avser endast kommunikation som syftar till direkt marknadsföring som direkt och personligen når dem till vilka de riktar sig genom användning av vissa elektroniska kommunikationsmedel, såsom elektronisk post. [15]

53. Den nuvarande lydelsen av artikel 13 i direktiv 2002/58 följer av direktiv 2009/136, där det i skäl 67 anges att ”[s]kyddsåtgärder för abonnenter mot intrång i deras integritet genom oönskade meddelanden för direkt marknadsföring via elektronisk post *bör vara tillämpliga även på sms, mms och andra liknande tillämpningar*.” [16] Unionslagstiftaren har således velat ge en vid tolkning av de elektroniska kommunikationsmedel genom vilka åtgärder vidtas för direkt marknadsföring, som går utöver enbart e-postmeddelanden. Denna vida tolkning kommer även till uttryck i skäl 40 i direktiv 2002/58, i vilket det framhålls att det är nödvändigt att ”skydda abonnenterna mot intrång i integriteten genom icke begärda kommunikationer för direkt marknadsföring, *i synnerhet* i form av automatiska uppringningssystem, fax och elektronisk post, inklusive SMS-meddelanden.)”. [17] Detta antyder, förutom att elektronisk post inte är begränsad till e-postmeddelanden, att förteckningen över angivna kommunikationsmedel inte är uttömmande. Unionslagstiftarens avsikt att täcka ett brett spektrum av kommunikationer som genomförs för direkt marknadsföring stöds även av skäl 4 i direktiv 2002/58, i vilket målet att ”ett likvärdigt skydd av personuppgifter och integritet [ska erbjudas] alla användare av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster, *oavsett vilken teknik som används*,” [18] framhålls. Detta mål kräver en dynamisk och neutral uppfattning i tekniskt hänseende av de begrepp som förekommer i direktiv 2002/58.

54. Oavsett vilka kommunikationsmedel för direkt marknadsföring som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 13.1 i direktiv 2002/58, är det enligt min mening, i den situation som är aktuell i det nationella målet, av avgörande betydelse att de reklammeddelanden som är i fråga i det nationella målet når sina adressater genom *användning* av elektronisk post. I likhet med kommissionen vill jag framhäva att dessa meddelanden visas i ett e-postkontos inkorg tillhörande användaren av en e-posttjänst, det vill säga på ett ställe som normalt är förbehållet elektronisk post i strikt mening, som privata e-postmeddelanden utgör. Avsändaren av dessa meddelanden använder sig således av elektronisk post för att nå konsumenten, vilket innebär att det rör sig om meddelanden för direkt marknadsföring ”via elektronisk post”, i enlighet med vad som anges i skäl 67 i direktiv 2009/136, mot bakgrund av vilket artikel 13.1 i direktiv 2002/58 ska tolkas. Placeringen av sådana meddelanden som de som är i fråga i det nationella målet på ett ställe där privata e-postmeddelanden finns ska således enligt min mening kvalificeras som *användning* av elektronisk post för direkt marknadsföring, som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 13.1 i direktiv 2002/58.

55. På grund av sin placering i inkorgen tillhörande en användare av en e-posttjänst gör den omtvistade marknadsföringsmetoden det möjligt att genom den omtvistade marknadsföringsmetoden direkt och personligen nå användaren inom den privata sfär som en sådan inkorg utgör, till vilken tillträdet är skyddat genom ett lösenord, och detta med en effektivitet som enligt min mening är jämförbar med den för icke begärda e-postmeddelanden (spam). Valet av placeringen av den omtvistade reklamen i inkorgen sker inte slumpmässigt och

[15] Det saknar härvid betydelse att, såsom framgår av domen av den 13 juni 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498), internetbaserad e-posttjänst inte i sig utgör en ”elektronisk kommunikationstjänst” i den mening som avses i artikel 2 c i direktiv 2002/21, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 (EUT L 337, 2009, s. 37), eftersom de inte helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät.

[16] Min kursivering.

[17] Min kursivering.

[18] Min kursivering.

utgör en viktig skillnad vid tillämpningen av artikel 13.1 i direktiv 2002/58 i förhållande till annonsrutor som visas i marginalen till och skilda från det ställe där privata e-postmeddelanden visas. Genom att den omtvistade reklamen visas på samma nivå som privata e-postmeddelanden, ägnar användaren den nämligen samma uppmärksamhet som e-postmeddelanden. Såsom kommissionen har påpekat använder de ekonomiska aktörer som medverkar i spridningen av reklamen i ett sådant fall inkorgen för privata e-postmeddelanden och det intresse och det förtroende som användarna av en e-posttjänst har för denna inkorg genom att ge sina reklammeddelanden ett utseende som, trots vissa smärre skillnader, påminner om privata e-postmeddelanden. Eftersom reklammeddelanden upptar rader i inkorgen som normalt sett är förbehållna privata e-postmeddelanden och liknar sådana e-postmeddelanden, föreligger det en risk för förväxling mellan dessa båda kategorier av meddelanden, som kan leda till att användaren, när han eller hon klickar på den rad där reklammeddelandet finns, mot sin vilja skickas vidare till en webbplats som innehåller reklamen i fråga, i stället för att fortsätta läsa sina privata e-postmeddelanden.

56. I likhet med kommissionen anser jag att konstaterandet att reklammeddelandet, till skillnad från privata e-postmeddelanden, visas mot en grå bakgrund, inte upptar någon lagringsplats och inte erbjuder de sedvanliga funktionerna hos e-postmeddelanden, inte hindrar att det kan anses föreligga ett intrång i integriteten för användare av en e-posttjänst. Eftersom de reklammeddelanden som är i fråga i målet vid den nationella domstolen visas på samma ställe som privata e-postmeddelanden, tilldrar de sig samma uppmärksamhet och kräver samma åtgärder för att raderas som icke begärda e-postmeddelanden (spam) och störningsnivån är enligt min mening liknande. Eftersom dessa meddelanden inte har samma funktioner som e-postmeddelandena, ger detta upphov till ytterligare en störning i förhållande till icke begärda e-postmeddelanden (spam), eftersom den specifika behandling som de kräver kan leda till fel i samband med att de raderas eller användaren oavsiktligt klickar på reklamen.

57. Sammanfattningsvis anser jag att intrånget i integriteten här kännetecknas av att ett kommunikationsmedel används, i förevarande fall elektronisk post, som normalt sett är förbehållen sändande och mottagande av privat korrespondens. Till skillnad från de annonsrutor som visas i marginalen till och skilda från det ställe där privata e-postmeddelanden visas, försvårar den omständigheten, att de reklammeddelanden som är i fråga i det nationella målet finns inuti den privata e-postinkorg som användaren anser utgöra en del av sin privata sfär, tillträdet till dessa i en omfattning och på ett sätt som i hög grad liknar vad som gäller för icke begärda e-postmeddelanden (spam). Av detta följer enligt min mening att syftet med artikel 13.1 i direktiv 2002/58, jämförd med skäl 40 i detta direktiv och skäl 67 i direktiv 2009/136, som är att skydda användare mot varje intrång i deras integritet genom icke begärda kommunikationer i direkt marknadsföringssyfte, undergrävs. Det intrång i den privata sfären som användningen av den e-postinkorg som är i fråga i det nationella målet innebär är således fastställt och räcker enligt min mening för att kräva att användaren av en elektronisk e-posttjänst i förväg ska ha lämnat sitt samtycke för att den aktuella tekniken för direkt marknadsföring ska få användas.

58. Enligt min mening skulle den ändamålsenliga verkan av artikel 13.1 i direktiv 2002/58 undergrävas om det godtogs att sådana reklammeddelanden som de som är aktuella i det nationella målet kan visas i en e-postinkorg som tillhör användaren av en e-posttjänst utan att användaren först gett sitt samtycke till att i denna form och på detta ställe erhålla sådana meddelanden.

59. Det syfte som eftersträvas av unionslagstiftaren, nämligen att skydda användaren mot en permanent överbelastning av sin inkorg eller sina privata telefonlinjer genom icke begärda meddelanden eller säljsamtal, kräver således att denna bestämmelses ändamålsenliga verkan säkerställs. Detta innebär att den ska tolkas så, att den avser reklammeddelanden som, på grund av sin likhet med ett privat e-postmeddelande och deras placering på samma ställe som privata e-postmeddelanden, inkräktar på integriteten för användarna av e-posttjänster. En sådan tolkning ska göras för att undvika att det krav på föregående samtycke som uppställs i artikel 13.1 i direktiv 2002/58 kan kringgås, trots att ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet enligt min mening onekligen utgör direkt marknadsföring på elektronisk väg som för sin spridning använder den inkorg som normalt endast är avsedd för privata e-postmeddelanden och som har samma verkan och medför samma störningar som ett icke begärt reklammeddelande (spam), som är en av de företeelser som denna bestämmelse framför allt riktar sig mot.

60. Mot bakgrund av det mål om teknikneutralitet som unionslagstiftaren, såsom jag har angett ovan, eftersträvar, måste dessutom en vid tolkning göras av tillämpningsområdet för artikel 13.1 i direktiv 2002/58 för att kunna inbegripa ny teknik för direkt marknadsföring.

61. Som svar på den hänskjutande domstolens tredje fråga vill jag tillägga att den omständigheten att ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet har placerats i en slumpvis utvald användares inkorg, enligt min mening, inte på något sätt utgör hinder för att konstatera att det föreligger ”användnin[g] av … elektronisk post för direkt marknadsföring” i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58. Jag anser nämligen, i likhet med den portugisiska regeringen, att ett slumpmässigt eller förutbestämt val av mottagare inte utgör ett villkor för att denna bestämmelse ska kunna tillämpas. Det saknar med andra ord betydelse att reklamen i fråga riktar sig till en viss mottagare som identifierats i ett tidigare skede eller att det rör sig om en massiv och slumpartad spridning till flera mottagare. Avgörande är att det finns en kommersiell kommunikation som direkt och personligen når en eller flera användare av e-posttjänster genom att placeras i dessa användares e-postinkorg.

62. Det ska även preciseras, som svar på den hänskjutande domstolens fjärde fråga, att det inte är nödvändigt, för att en sådan reklamåtgärd som den som är aktuell i det nationella målet ska kunna kvalificeras som ”användnin[g] av … elektronisk post för direkt marknadsföring”, i den mening som avses i artikel 13.1 i direktiv 2002/58, att konstatera att den för användaren utgör en börda som går utöver en enkel störning. Såsom framgår av skäl 40 i direktivet förklaras nämligen det krav på föregående samtycke som föreskrivs i denna bestämmelse bland annat av att icke begärda meddelanden i direkt marknadsföringssyfte kan ”utgöra en börda och/eller en kostnad för mottagaren”. Eftersom sådana meddelanden omfattas av tillämpningsområdet för artikel 13.1 i direktiv 2002/58, finns det anledning att anta att de utgör en börda för mottagaren utan att det är nödvändigt att fastställa huruvida denna börda går utöver en enkel störning.

63. Av det ovan anförda följer att ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet enligt min mening omfattas av tillämpningsområdet för artikel 13.1 i direktiv 2002/58. Följaktligen är direkt marknadsföring av detta slag inte tillåten om mottagaren inte i förväg har samtyckt till denna.

64. Som jag har angett ovan måste det åtminstone röra sig om ett frivilligt, specifikt och informerat samtycke.[19]

[19] Se punkt 50 i förevarande förslag till avgörande.

65. Det ankommer härvid på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida användaren, under förfarandet för registrering av en kostnadsfri e-postadress eller vid någon annan tidpunkt, har informerats om de närmare metoderna för hur reklamen sprids när användaren öppnar e-postkontots webbsida. Det ska särskilt säkerställas att användaren har informerats på ett klart och tydligt sätt om att annonsrutorna inte bara visas i marginalen och avskilt från det ställe där privata e-postmeddelanden finns, utan även på samma ställe. Denna information ska göra det möjligt för användaren att enkelt kunna avgöra följderna av ett eventuellt samtycke och säkerställa att samtycke lämnas med full kännedom om omständigheterna.[20] Mot denna bakgrund ska det prövas om användaren konkret har gett sitt samtycke till den reklamprocess som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, det vill säga huruvida han eller hon uttryckligen har samtyckt till att ta emot reklammeddelanden i e-postkontots inkorg.[21]

66. Den ekonomiska modell som många leverantörer av internetbaserade e-posttjänster baserar sig på bygger ofta på reklam. I detta avseende godtar användaren av sådana tjänster att tillhandahållandet av sådana tjänster kostnadsfritt på något sätt kompenseras genom visning av reklam. Detta påverkar emellertid inte kravet på att ett sådant godtagande av reklamen, när den visas i e-postkontos inkorg, enligt artikel 13.1 i direktiv 2002/58 ska komma till uttryck i ett samtycke från användaren av ett sådant konto.

67. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara den hänskjutande domstolens fråga på följande sätt. Artikel 13.1 i direktiv 2002/58 ska tolkas så, att visningen av reklammeddelanden i inkorgen tillhörande en användare av en e-posttjänst i en form som liknar e-postmeddelanden och som visas på samma ställe som dessa, utgör en ”användnin[g] av … elektronisk post för direkt marknadsföring” i den mening som avses i denna bestämmelse. Det saknar i detta sammanhang betydelse att mottagarna av dessa reklammeddelanden väljs ut slumpvis, och det är inte nödvändigt att fastställa att de för användaren utgör en börda som går utöver en enkel störning. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida nämnda användare har lämnat ett samtycke som åtminstone är frivilligt, specifikt och informerat innan sådana reklammeddelanden visas i inkorgen för användarens e-postkonto.

B. Tolkningen av punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29

68. Den hänskjutande domstolen har ställt den femte frågan för att få klarhet i huruvida punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29 ska tolkas så, att visning av reklammeddelanden i inkorgen tillhörande en användare av en e-posttjänst utgör upprepade och oönskade kontakter per e-post.

69. I artikel 5.2 i direktiv 2005/29 fastställs kriterierna för fastställande av huruvida en affärsmetod är otillbörlig. I punkt 4 i den artikeln anges att i synnerhet affärsmetoder som är ”vilseledande” enligt artiklarna 6 och 7 i detta direktiv eller ”aggressiva” enligt artiklarna 8 och 9 i detta direktiv ska anses vara otillbörliga. I artikel 5.5 i direktiv 2005/29 föreskrivs vidare att bilaga I till direktivet ”innehåller förteckningen över de affärsmetoder som under alla omständigheter skall betraktas som otillbörliga.” I detta avseende anges i skäl 17 i direktiv 2005/29 att det, för att öka rättssäkerheten, endast är de metoder som anges i bilaga I till detta direktiv som under alla omständigheter ska kunna bedömas som otillbörliga utan prövning från fall till fall utifrån

[20] Se, bland annat, dom av den 11 november 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

[21] Såsom domstolen anförde i dom av den 11 november 2020, Orange Romania (C-61/19, EU:C:2020:901), ”[måste] den viljeyttring som avses i artikel 2 h i direktiv 95/46 och artikel 4 led 11 i förordning 2016/679 … vara ’särskild’, i den meningen att den måste avse exakt den berörda behandlingen av uppgifter och inte kan härledas från en viljeyttring med ett annat syfte” (punkt 38 och där angiven rättspraxis).

bestämmelserna i artiklarna 5–9 i nämnda direktiv.[22] Eftersom bilaga I till direktiv 2005/29 innehåller en fullständig och uttömmande förteckning, kan den affärsmetod som är i fråga i det nationella målet endast anses utgöra en aggressiv affärsmetod under alla omständigheter, i den mening som avses i det direktivet, under förutsättning att den motsvarar någon av de situationer som förtecknas i punkterna 24–31 i denna bilaga.[23]

70. Bland de ”[a]ggressiva affärsmetoder” som nämns i bilaga I anges, i punkt 26, att ”[t]a upprepade och oönskade kontakter per telefon, fax, e-post eller annat medium utom under de förhållanden och i den utsträckning som enligt nationell lagstiftning är motiverat för att få en avtalsmässig skyldighet fullgjord”.

71. Som jag har angett ovan nås användaren av en e-posttjänst direkt och personligen av ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet, eftersom det visas i användarens inkorg och är placerat bland användarens privata e-postmeddelanden. Ur användarens synvinkel påminner detta reklammeddelande till utseendet om ett e-postmeddelande som skickats till användaren personligen. Såsom kommissionen har påpekat liknar verkan av detta meddelande således verkan av en direkt individualiserad marknadsföring, oberoende av om annonsören individualiserat denna särskilda mottagare i samband med den tekniska förberedelsen av det aktuella meddelandet och huruvida detta meddelande behandlas annorlunda än e-postmeddelanden vad gäller lagringsplats och funktioner.

72. Jag anser följaktligen att ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet, som har de kännetecken som är utmärkande för direkt marknadsföring och sprids för detta ändamål, utgör ”kontakt” med användarna av e-posttjänster, eftersom detta meddelande direkt och personligen riktar sig till dem och visas på ett ställe som är förbehållet deras privata e-postmeddelanden.

73. När det gäller de egenskaper som ”kontakter” måste ha för att omfattas av punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29, det vill säga att de ska vara ”upprepade” och ”oönskade”, anser jag att det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva om dessa egenskaper föreligger inom ramen för det nationella målet. Vid denna prövning ska det preciseras att ett sådant reklammeddelande som det som är aktuellt i det nationella målet, mot bakgrund av definitionen i artikel 8 i direktiv 2005/29 av vad som utgör en aggressiv affärsmetod, ska visas tillräckligt ofta och regelbundet för att kunna kvalificeras som ”upprepade kontakter”, vilket enligt min mening inte är fallet när det gäller ett meddelande som endast har visats vid tre tillfällen. Däremot skulle det enligt min mening röra sig om ”oönskade kontakter” om det fastställs att användaren av e-posttjänsten inte har gett sitt samtycke innan reklammeddelandena visas i hans eller hennes e-postinkorg. Det ska även beaktas att användaren skickade en formell underrättelse till eprimo den 20 december 2016 angående ett reklammeddelande av den 12 december 2016 och således uttryckligen meddelade detta bolag att han inte ville få denna typ av reklam.

74. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att den femte frågan ska besvaras enligt följande. Begreppet ”upprepade och oönskade kontakter per … e-post” i punkt 26 i bilaga I till direktiv 2005/29, ska tolkas så, att det kan omfatta beteenden, såsom de som är aktuella i det nationella målet, som består i visning av reklam i inkorgen tillhörande en användare av en e-posttjänst i en sådan form som liknar e-postmeddelanden och på samma ställe som sådana meddelanden. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att pröva dels huruvida

[22] Se, bland annat, dom av den 13 september 2018, Wind Tre och Vodafone Italia (C-54/17 och C-55/17, EU:C:2018:710, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

[23] Se dom av den 12 juni 2019, Orange Polska (C-628/17, EU:C:2019:480, punkt 25).

dessa reklammeddelanden visas tillräckligt ofta och regelbundet för att kunna kvalificeras som ”upprepade” kontakter, dels huruvida visningen av nämnda meddelanden kan kvalificeras som ”oönskade” kontakter, varvid det ska beaktas huruvida användaren har gett sitt samtycke innan denna visning och huruvida användaren har invänt mot en sådan reklammetod.

V. Förslag till avgörande

75. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) har ställt på följande sätt:

1) Artikel 13.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/136/EG av den 25 november 2009, ska tolkas så, att visningen av reklammeddelanden i inkorgen tillhörande en användare av en e-posttjänst i en form som liknar e-postmeddelanden och som visas på samma ställe som dessa, utgör en ”användnin[g] av … elektronisk post för direkt marknadsföring” i den mening som avses i denna bestämmelse. Det saknar i detta sammanhang betydelse att mottagarna av dessa reklammeddelanden väljs ut slumpvis, och det är inte nödvändigt att fastställa att de för användaren utgör en börda som går utöver en enkel störning. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida nämnda användare har lämnat ett samtycke som åtminstone är frivilligt, specifikt och informerat innan sådana reklammeddelanden visas i inkorgen för användarens e-postkonto.

2) Begreppet ”upprepade och oönskade kontakter per … e-post” i punkt 26 i bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder), ska tolkas så, att det kan omfatta beteenden, såsom de som är aktuella i det nationella målet, som består i visning av reklam i inkorgen tillhörande en användare av en e-posttjänst i en sådan form som liknar e-postmeddelanden och på samma ställe som sådana meddelanden. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att pröva dels huruvida dessa reklammeddelanden visas tillräckligt ofta och regelbundet för att kunna kvalificeras som ”upprepade” kontakter, dels huruvida visningen av nämnda meddelanden kan kvalificeras som ”oönskade” kontakter, varvid det ska beaktas huruvida användaren har gett sitt samtycke innan denna visning och huruvida användaren har invänt mot en sådan reklammetod.